



Le processus constitutionnel : élaboration et réforme

Quelles options ?

Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai et Anthony Regan

Titre	Le processus constitutionnel : élaboration et réforme - Quelles options ?
Auteurs	Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai, Anthony Regan
Date	Février 2015
Éditeur	Interpeace
ISBN	978-2-8399-1594-6

Imprimé en Suisse

Copyright © Interpeace 2015. Tous droits réservés.

La reproduction de chiffres ou de brefs extraits de ce rapport est autorisée à titre gracieux et sans permission formelle écrite, à condition que la source soit dûment citée, ainsi que le titre complet du rapport, l'éditeur et la numérotation des pages ou des chiffres concernés. L'autorisation ne vaut que pour une utilisation d'extraits strictement conformes à l'original. Les chiffres ne pourront en aucun cas être modifiés, y compris les légendes qui les accompagnent. Pour une utilisation dans les médias, une citation de la source avec le graphisme original suffira. Ceci est une publication d'Interpeace. Les publications d'Interpeace ne représentent aucun intérêt national ou politique. Les opinions exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement celles d'Interpeace.

Pour toute autorisation ou information supplémentaire, veuillez écrire à l'adresse électronique suivante : info@interpeace.org.

À propos d'Interpeace

Interpeace aide les sociétés à bâtir une paix durable depuis 1994.

Interpeace est une organisation internationale indépendante, partenaire stratégique des Nations Unies, qui œuvre en faveur de la consolidation de la paix.

Elle apporte son appui à des équipes situées dans des pays d'Afrique, d'Asie, d'Amérique centrale, d'Europe et du Moyen-Orient. Interpeace dispose également d'un programme sur l'élaboration et la réforme de constitutions. Sous son égide, plus de 300 experts en consolidation de la paix aident leurs pays à surmonter leurs divisions et leurs conflits internes sans recourir à la violence ou à la coercition.

Par sa démarche, Interpeace contribue à instaurer une paix durable à travers des processus de transformation inclusifs et nationaux.

Interpeace aide aussi la communauté internationale, les Nations Unies en particulier, à jouer un rôle plus efficace au service des initiatives de consolidation de la paix partout dans le monde.

Son siège se trouve à Genève (Suisse) et elle dispose de bureaux régionaux à Bruxelles (Belgique), à Guatemala (Guatemala), à Nairobi (Kenya) et à New York (États-Unis d'Amérique).

Interpeace est une organisation à but non lucratif et son travail de consolidation de la paix est financé par les généreuses contributions d'États, d'organisations multilatérales, de fondations et de particuliers.

www.interpeace.org

Avant-propos

Par Lakhdar Brahimi

La consolidation de la paix après une guerre est un processus à long terme et la consolidation de la démocratie requiert plus de temps encore. Il n'y a pas de solution miracle en la matière. En fin de compte, la consolidation de la paix dans un pays dépend de sa population. Elle seule doit trouver le chemin de la paix, et la communauté internationale ne peut que l'y aider.

Bien des solutions rapides se sont finalement révélées éphémères. Pour qu'elle dure, la paix doit être fondée sur des institutions nationales efficaces et responsables, et l'appui international doit être converti le plus rapidement possible en systèmes nationaux durables.

Cet appui international est souvent nécessaire. Au sein des Nations Unies, dans les institutions multilatérales et dans de nombreux pays, des initiatives sont déployées dans le but de développer et d'améliorer l'aide qui peut être fournie aux communautés qui sortent de conflits, notamment dans les domaines de la sécurité et de la stabilisation, des élections et de la réconciliation politique, des droits de l'homme et de la réforme judiciaire, de la construction d'institutions, de la gouvernance et de la relance du développement social et économique. Pourtant, comme on le voit dans de nombreuses situations postérieures au conflit, les efforts collectifs de la communauté internationale se sont souvent révélés insuffisants pour asseoir une paix durable.

L'une des raisons essentielles à cela se trouve dans le peu d'importance que l'on a traditionnellement accordé à la reconstruction d'institutions et de systèmes politiques opérationnels. Cette situation est en voie d'amélioration. Dans les tentatives visant à répondre aux causes des conflits passés, on s'aperçoit qu'il est souvent nécessaire de restaurer l'État de droit et la confiance dans la bonne gouvernance. Dans de nombreux cas, il s'est avéré fondamental de commencer par une réforme constitutionnelle.

Ce manuel répond précisément à cette importante nécessité. Il fournit aux acteurs nationaux et internationaux des orientations détaillées et pratiques sur la conception et la mise en œuvre du processus d'élaboration de constitutions, ainsi que sur le soutien à ces processus. Bien qu'il mette l'accent sur les besoins de sociétés divisées, il se révélera également utile à tout pays qui entreprend de réformer sa constitution.

Il y a quelques années encore, l'appui international en matière de constitutions portait davantage sur son contenu que sur le processus par lequel elle était élaborée. Or, la méthode d'élaboration d'un texte constitutionnel dans un pays ravagé par la guerre peut être essentielle pour la reconstruction ou la consolidation de systèmes étatiques et politiques ainsi que pour l'instauration d'une paix durable, en particulier lorsqu'elle est suffisamment inclusive pour mener à l'élaboration d'une feuille de route consensuelle vers un ordre économique, politique et social plus juste. En dépit de l'importance d'un tel processus, on

a très peu insisté sur la conception et la mise en œuvre d'un processus constitutionnel participatif et inclusif, gage d'une paix durable.

Cet ouvrage, intitulé « *Le processus constitutionnel : élaboration et réforme - Quelles options ?* » vient à point nommé s'ajouter à l'arsenal d'outils dont disposent les organisations nationales et internationales ainsi que les États engagés dans l'élaboration de constitutions dans des situations postérieures au conflit. Il est d'autant plus bienvenu qu'il ne propose pas de solution unique pour des processus hautement politiques et sensibles qui présentent chacun des problèmes et des opportunités spécifiques.

J'aurais sans aucun doute apprécié disposer de l'ouvrage « *Le processus constitutionnel : élaboration et réforme - Quelles options ?* » lorsque j'étais Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour l'Afghanistan. Ce manuel pose les bonnes questions, à commencer par la plus simple, qu'on oublie souvent de poser : « Une nouvelle constitution est-elle nécessaire ? ». C'est justement une question que nous avons omis lorsque nous avons lancé notre processus constitutionnel à Kaboul. Avec le recul, je suis presque convaincu que nous aurions pu épargner au peuple afghan et à nous-mêmes beaucoup d'efforts. La constitution de 1964, allégée de ses dispositions relatives à la monarchie, aurait pu servir encore de nombreuses années et permettre à la paix de s'enraciner et à la confiance entre d'anciens ennemis d'être restaurée.

Ce manuel nous aurait aidé à éviter de compter principalement sur de « talentueux amateurs » - sans parler de ce que j'appelle la « supply-driven help » (c'est-à-dire une aide mue par les intérêts de la communauté internationale) que nous n'avons pas toujours réussi à repousser. Il est également important de relever que le manuel nous aurait été précieux lorsque nous avons été confrontés à divers manques et faiblesses, notamment la rareté de l'offre d'éducation civique pour préparer les citoyens marginalisés et leur permettre de se faire entendre dans le processus.

Le travail des auteurs est louable en ce qu'ils s'appuient sur l'étendue de leur propre expérience mais aussi sur celle de nombreux praticiens du monde entier. Cette somme d'expérience, acquise au travers de confrontations concrètes sur les questions abordées, ressort tout au long de l'ouvrage. Le manuel rappelle au lecteur que les différences historiques, culturelles, institutionnelles, ethniques et linguistiques entre les pays engendrent des différences dans les solutions aux problèmes ; qu'il n'y a pas deux processus qui se ressemblent et qu'il n'existe pas de modèle unique qui mène nécessairement au résultat espéré, les variables étant trop nombreuses. D'ailleurs, cela est probablement plus vrai pour l'élaboration d'une constitution que pour toute autre mission de démocratisation ou de consolidation de la paix. Les enjeux sont plus importants car le résultat détermine la manière dont le pouvoir et les ressources seront ensuite partagés. En dépit de la diversité des processus et des contextes, les auteurs réussissent habilement à aborder les problèmes pratiques que les responsables du processus constitutionnel doivent résoudre à chaque étape, en identifiant les institutions et les tâches ainsi que les risques et opportunités qui s'y rattachent.

Je suis conscient que le manuel s'adresse surtout aux responsables nationaux du processus constitutionnel et qu'il est destiné à les aider à s'affranchir des difficultés que comporte leur tâche. Dans certains cas, les ressortissants du pays concerné disposent de ressources humaines et matérielles pour remplir efficacement la mission qui leur est confiée. Cependant, dans de nombreux autres cas, ils doivent s'appuyer sur la communauté internationale pour surmonter les effets dévastateurs de la guerre. Le manuel propose aussi des options stratégiques que peuvent appliquer les acteurs nationaux pour s'approprier le processus lorsqu'ils sont confrontés à des pressions visant à leur faire servir des intérêts extérieurs. Il aide aussi les représentants de la communauté internationale à éviter les pièges de l'appui international en la matière, notamment l'erreur habituelle qui consiste à imposer un calendrier court et à se précipiter. L'existence d'une constitution, comme le souligne le manuel, ne signifie pas que l'objectif de la communauté internationale a été atteint. Le but est de consolider la paix, et cela prend nécessairement du temps.

C'est une tâche délicate que de mettre un terme à un conflit et de rebâtir des États et des sociétés ravagés par la guerre. Cela est davantage évident lorsqu'il s'agit de mener un processus constitutionnel car, dans ces circonstances, il faut revenir sur le passé et conclure des accords entre des citoyens et des communautés qui ne se font pas confiance. Ce manuel est un outil important, autant pour les acteurs internationaux que pour les acteurs nationaux. Il enrichira le processus d'apprentissage et nous aidera à nous améliorer dans les activités que nous menons pour asseoir la paix et transformer les sociétés.

A handwritten signature in cursive script, reading 'Lakhdar Brahimi', with a long horizontal stroke extending to the right below the name.

Lakhdar Brahimi est ancien ministre des Affaires étrangères de l'Algérie. Il fut Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies en Afrique du Sud, en Haïti, en Afghanistan et en Irak.

Préface

Par Scott M. Weber

Pour assurer le succès des initiatives de consolidation de la paix en ce vingt-et-unième siècle, il est essentiel d'améliorer le processus constitutionnel et l'appui fourni en la matière. L'ère dans laquelle nous vivons est celle des processus d'élaboration de constitutions. En effet, plus de la moitié des près de deux cents constitutions qui existent dans le monde ont été soit élaborées, soit réformées, au cours de ces trente dernières années. Quelque vingt réformes constitutionnelles ou nouvelles constitutions sont adoptées chaque année, souvent dans le cadre de processus de consolidation de la paix dans des pays touchés par la guerre ou confrontés à des crises économiques ou sociales. Poser des fondations constitutionnelles dans ce contexte n'est pas chose aisée. Les conflits autour des ressources, des droits, des pouvoirs, de l'identité et des injustices du passé sont endémiques et la méfiance est profondément enracinée. Chaque sujet de tension est potentiellement explosif, politique et urgent à traiter. En raison de cette urgence, l'on a tendance, en particulier dans la communauté internationale, à insister sur la mise en place rapide d'une constitution pour ramener l'ordre dans la société et faire avancer la transition politique. Il s'agit là d'un problème habituel dans ce domaine, une tendance à insister sur le *quoi* plutôt que sur le *comment*. Et pourtant, c'est précisément dans ce type de circonstances qu'il faut veiller à élaborer la constitution dans le cadre d'un processus qui encourage un consensus durable et qui permette d'enraciner les processus, principes et valeurs démocratiques.

Il existe aujourd'hui un manque criant de formation pratique pour ceux qui sont chargés d'élaborer les constitutions de leur pays, leurs conseillers et la communauté internationale qui les assiste, en matière de conception et de mise en œuvre d'un processus constitutionnel susceptible d'asseoir une paix durable. Interpeace a lancé *Élaborer des constitutions pour la paix* précisément pour combler ce manque car aujourd'hui, le processus d'élaboration d'une constitution est aussi important que le contenu qui en résulte. Pour construire une paix durable, Interpeace renforce les capacités des sociétés à surmonter les antagonismes profonds et à résoudre les conflits d'une manière non violente.

Ce manuel est conçu comme une première étape dans la mise à disposition d'éléments d'orientation si nécessaires au processus constitutionnel. Il s'appuie sur les principes de consolidation de la paix qui sous-tendent et guident la mission et le travail d'Interpeace.

Tout processus de consolidation de la paix doit être adopté et piloté par les acteurs nationaux

L'appropriation par les acteurs nationaux commence par la définition des priorités par les bénéficiaires nationaux. Il est essentiel que le temps, l'espace et les processus existent pour qu'un dialogue puisse s'instaurer et mener à un consensus autour d'une constitution. Dans

un processus de consolidation de la paix, les acteurs nationaux seront d'autant plus enclins à s'approprier les solutions s'ils ont contribué à définir le problème. De la même manière, les citoyens protégeront d'autant plus leur constitution et exerceront d'autant mieux les devoirs auxquels elle les astreint s'ils sentent qu'elle leur appartient. Une constitution, comme la paix, ne peut être imposée de l'extérieur.

Toutes les parties doivent être impliquées dans le processus

Lorsque tous les groupes concernés de la société sont associés au dialogue et au processus de définition des priorités, les différents acteurs se sentent investis de la responsabilité de faire prospérer le processus de reconstruction et de réconciliation. Dans notre expérience, il apparaît que l'exclusion ou la marginalisation de certains acteurs engendrent le ressentiment et constituent un terreau propice pour le regain de violence. Le processus d'élaboration d'une constitution peut constituer un tournant pour un pays et si des acteurs essentiels en sont exclus, la paix se trouve menacée.

Bâtir la confiance : le nœud du problème

La confiance ne peut être imposée, importée ou achetée. Elle s'instaure lentement et parfois avec réticence. Elle se construit par le dialogue autour de petits ou de grands enjeux et grâce à une détermination constante et quotidienne envers la réalisation d'une vision commune. Si la confiance est au cœur de la consolidation de la paix, elle est aussi l'objectif le plus difficile à atteindre. Plus que la réhabilitation des infrastructures ou l'existence d'un État, la confiance est le ciment intangible mais crucial de la société. C'est d'elle que les institutions tiennent leur légitimité et c'est elle qui permet aux individus et aux groupes de rester soudés sur le long chemin vers une paix durable. Pour être réellement participatif et concerté, le processus d'élaboration d'une constitution doit être conçu de façon à prévoir suffisamment de temps pour que la confiance s'installe.

La consolidation de la paix est un engagement à long terme

Il n'y a pas de raccourci. Il faut accepter que le processus qui permet de surmonter la méfiance et les profonds antagonismes puisse être difficile et donner la possibilité aux acteurs locaux de construire des institutions indépendantes susceptibles de s'attaquer aux causes profondes des conflits et de promouvoir la paix à long terme. Grâce à son programme *Élaborer des constitutions pour la paix*, Interpeace s'emploie non seulement à améliorer les processus d'élaborations de constitutions mais aussi à favoriser la mise en œuvre des textes afin que les conflits soient résolus par des moyens constitutionnels.

Pour qu'une constitution soit crédible et durable, il faut que tous les segments de la société puissent se faire entendre et soient associés à son élaboration. Après tout, une constitution est faite pour unir et non pour diviser. Il est donc vital que ceux qui conçoivent, réalisent et apportent leur appui à un processus constitutionnel ne soient pas si préoccupés de parvenir rapidement à destination qu'ils négligent l'importance du voyage lui-même. Il faut du temps

pour rassembler, instaurer la confiance et cultiver un sentiment commun d'appropriation, mais ce temps n'est jamais vain.

Ce manuel ne se prétend pas un modèle universel car il n'existe pas de démarche qui s'applique à tous les contextes. Il est conçu pour présenter une vaste gamme d'options susceptibles de servir dans les diverses phases du processus constitutionnel, depuis la décision sur la nécessité du processus jusqu'au choix de l'organe qui le dirigera, en passant par ses modalités de mise en œuvre. Il peut également servir d'outil de planification car il propose une vue d'ensemble des diverses tâches et institutions susceptibles de servir à ce processus.

Autant il convient d'envisager l'élaboration d'une constitution non pas sous l'angle du produit final mais sous celui du processus qui aboutit à la constitution, autant la création de ce manuel s'inscrit elle aussi dans une perspective dynamique. Au fur et à mesure que nous acquerrons de nouvelles connaissances et des enseignements tirés de nos expériences, nous les intégrerons ou ajouterons des notes d'orientation complémentaires dans la version en ligne du manuel sur le site Internet accessible à l'adresse suivante : www.constitutionmakingforpeace.org. Ceci permettra de faire en sorte que, tout comme les meilleures constitutions, cet ouvrage demeure un document vivant, qui restera actuel et pertinent au fil des années. D'autres documents d'orientation sont également disponibles sur le même site.

Ce manuel n'aurait pu être élaboré sans la sagesse, la rigueur intellectuelle et l'engagement sans faille de ses auteurs Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai et Anthony Regan. Grâce à leurs connaissances académiques et à leur longue expérience, ils ont non seulement produit cet ouvrage mais aussi fourni leur conseil avisé et leur soutien au programme *Élaborer des constitutions pour la paix* d'Interpeace. Rédiger un manuel qui couvre l'ensemble des problèmes et dilemmes qui assaillent ceux qui se lancent aujourd'hui dans l'élaboration d'une constitution fut une entreprise pionnière et titanesque. Nous sommes reconnaissants à ces auteurs d'avoir relevé ce défi. Yash Ghai, en particulier, a passé les quatre dernières décennies à mener des processus constitutionnels et à prodiguer des conseils en la matière partout dans le monde. Sa connaissance du domaine est sans égal. Nous sommes honorés et reconnaissants du rôle de Conseiller principal qu'il a joué auprès du programme *Élaborer des constitutions pour la paix* et dans la production de ce manuel. Notre gratitude va également à Jill Cottrell pour sa vaste contribution et ses conseils tout au long de la mise en œuvre du programme ainsi que pour son dévouement au travail de correction et d'amélioration constante du manuel. Nous adressons des remerciements particuliers à Anthony Regan qui s'est si longuement consacré à la conception et au développement du programme *Élaborer des constitutions pour la paix* d'Interpeace mais aussi à la rédaction et à la correction du manuel. Enfin, nous remercions vivement Michele Brandt qui a lancé et qui dirige le programme *Élaborer des constitutions pour la paix*. Son enthousiasme et sa persévérance ont porté le processus qui a abouti à la réalisation de ce manuel et donc de combler une lacune importante dans le travail de consolidation de la paix. Nous lui sommes également reconnaissants pour son travail de correction dans la phase de finalisation du manuel.

Nous avons organisé, en partenariat avec International IDEA, le United States Institute of Peace (USIP) et le Bobst Center for Peace and Justice de l'Université de Princeton, plusieurs dialogues internationaux réunissant des praticiens qui se sont penchés sur les problématiques du processus constitutionnel. Ces partenariats, ainsi que le considérable corpus de recherches et de contributions de ces nombreux praticiens et universitaires de tous horizons, en particulier ceux du Sud, ont beaucoup apporté à ce manuel.

Nous souhaitons également exprimer notre reconnaissance à Jane Lincoln Taylor et Rhonda Gibbes qui ont soigneusement relu le manuel au fur et à mesure de sa rédaction et à E. Ashley Fox-Jensen pour la maquette de cet ouvrage.

Enfin, nous adressons nos remerciements aux gouvernements des pays donateurs, l'Australie, le Danemark, les Pays-Bas et la Suisse ainsi qu'au Centre international de recherche pour le développement du Canada, qui nous ont soutenus dans ce travail de pionnier. Nous remercions aussi le programme *State, Society, and Governance in Melanesia* de la *Australian National University* pour le temps accordé à Anthony Regan afin qu'il contribue non seulement à l'élaboration du manuel mais aussi au lancement de notre programme. Nos remerciements s'adressent également au cabinet d'avocats Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLB de New York et à son associé principal Jeffrey Lewis dont le personnel nous a aidé, sur son temps de travail, à recueillir de nombreux travaux de recherche pour ce manuel.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Scott M. Weber', with a stylized, cursive script.

Scott M. Weber est le Directeur général d'Interpeace.

À propos des auteurs

Michele Brandt

Michele Brandt est juriste, spécialiste du droit constitutionnel. Elle est à l'origine du programme *Élaborer des constitutions pour la paix* d'Interpeace qu'elle dirige. Ce programme met au point des outils et des ressources destinés à améliorer l'exercice d'élaboration de constitutions et fournit une assistance technique aux organisations internationales et aux acteurs nationaux en la matière. À ce titre, elle a organisé plusieurs ateliers internationaux relatifs aux questions essentielles que soulève l'élaboration d'une constitution. Pendant de nombreuses années elle a directement participé à des processus constitutionnels. Elle fut conseillère constitutionnelle de la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan et de la Commission constitutionnelle afghane. Au Timor-Leste, Michele a travaillé au sein de l'Administration de transition des Nations Unies, chargée des affaires judiciaires et elle a été membre de la Commission du service judiciaire de transition et de la Commission législative du Conseil des ministres. Plus tard, elle a dirigé le Programme de développement constitutionnel de la *Asia Foundation*. Au Cambodge, Michele fut cofondatrice du *Cambodian Women's Crisis Center* et a dirigé une association d'aide judiciaire chapeautant onze bureaux. Elle a publié de nombreux articles relatifs aux droits de l'homme, au renforcement des compétences, au genre, à la consolidation de la paix et à l'État de droit, notamment une étude sur les activités d'appui constitutionnel des Nations Unies.

Jill Cottrell

Jill Cottrell a pris sa retraite en 2006 après avoir enseigné 40 ans dans plusieurs universités au Nigeria, au Royaume-Uni et à Hong Kong. Elle est diplômée de la *University of London* et de la *Yale Law School*. Elle fut consultante en matière constitutionnelle au Timor-Leste, aux Maldives, en Irak et en Somalie. De 2006 à 2008, Jill a travaillé comme consultante pour le *Constitution Advisory Support Unit (CASU)* du PNUD à Katmandou au Népal. Elle a également travaillé avec International IDEA sur un projet destiné aux femmes membres de l'Assemblée constituante dans ce pays.

Yash Ghai

Yash Ghai est diplômé d'Oxford et de Harvard. Il a exercé dans de nombreuses universités, notamment celles de Dar es Salaam, Warwick, Uppsala et Hong Kong et a été professeur invité à Harvard, à Yale et dans de nombreuses autres universités telles que celles de South Pacific, du Wisconsin, de Toronto et de Melbourne ainsi qu'à la National University of Singapore. Il a pris sa retraite de l'enseignement universitaire en 2006. Il est l'auteur de nombreuses publications dans divers domaines notamment l'élaboration

de constitutions, le droit public, la sociologie du droit, les relations ethniques, le droit comparé, le droit et le développement. Pendant plus de 35 ans, Yash a conseillé des pays en matière constitutionnelle, notamment dans le domaine de l'élaboration et de la réforme de la constitution. Il fut président de la *Constitution of Kenya Review Commission* et de la *Kenya National Constitutional Conference* (2000–2004). Plus récemment, il a dirigé la *Constitution Advisory Unit* du PNUD au Népal (2006–2008) qui a accompagné le processus constitutionnel dans ce pays. Il fut consultant pour le PNUD dans le processus d'élaboration de la constitution de la Somalie dont le texte fait actuellement (2011) l'objet d'une consultation publique.

Anthony Regan

Anthony Regan est un spécialiste du droit constitutionnel qui travaille depuis 1997 pour la *Australian National University* (Canberra) en tant que chercheur dans le cadre du programme *State, Society, and Governance in Melanesia* du *College of Asia and the Pacific*. Il étudie la politique et le droit constitutionnels, ainsi que la conception de l'État dans le cadre des mécanismes politiques et des initiatives de consolidation de la paix postérieures au conflit. Anthony a effectué un travail consultatif dans de nombreux pays, notamment en Papouasie–Nouvelle-Guinée où il a vécu et travaillé à temps plein pendant 15 ans (dont plus de deux ans à Bougainville, de 2002 à 2004, consacrés à apporter son aide à l'élaboration d'une constitution post-conflit au niveau infranational) et en Ouganda (où il a travaillé pendant plus de trois ans, de 1991 à 1994, aux côtés de la Commission constitutionnelle et de l'Assemblée constituante afin de les aider à élaborer une nouvelle constitution). Anthony a également été consulté pour l'élaboration de la constitution et la résolution de conflits au Timor-Leste, dans les Îles Salomon, en Inde (en particulier au Nagaland), au Sri Lanka et aux Fidji. Il a contribué à la mise au point du programme *Élaborer des constitutions pour la paix* d'Interpeace. Il est l'auteur de nombreuses publications sur les processus constitutionnels et la consolidation de la paix. Son ouvrage le plus récent, *Light Intervention : Lessons from Bougainville*, a été publié par le *United States Institute of Peace* à la fin de l'année 2010.

Table des matières

Avant-propos	i
Préface	iv
À propos des auteurs	viii
Table des matières	x
Vue d'ensemble	1
Utilité et finalité de ce manuel	1
Proposer des options en matière de processus d'élaboration et de réforme de la constitution	1
À qui s'adresse ce manuel?	4
Ce manuel comme outil au service du dialogue permanent avec les rédacteurs de constitution	5
Comment utiliser ce manuel	5
Remerciements	10
Quelques nouveaux principes directeurs	10
La participation citoyenne	10
Inclusion (y compris égalité et parité entre les sexes) et représentation	11
Transparence	11
Appropriation par les acteurs nationaux	11
Effets du respect des principes directeurs	12
Partie 1: Introduction aux processus d'élaboration de constitutions	15
1.1 Rôle d'une constitution	15
1.1.1 Prolifération des constitutions	15
1.1.2 Importance des constitutions mais difficultés à les mettre en œuvre	16
1.1.3 Les constitutions en tant que symboles, manifestes politiques, et règles juridiques	17

1.1.4 La constitution en tant que contrat entre les citoyens ou les peuples	17
1.1.5 Orientation des nouvelles constitutions	17
1.1.6 Choix des rédacteurs de constitution	18
1.1.7 Constitutionnaliser les responsabilités et les obligations	19
1.2 Questions relatives au processus	19
1.2.1 Évolution des idées et des usages dans l'élaboration des constitutions	19
1.2.2 Peut-on concevoir le processus constitutionnel?	20
1.3 Principaux volets et enjeux du processus d'élaboration d'une constitution	22
1.3.1 Importance de la conception du processus	22
1.4 Tâches et responsabilités dans l'élaboration d'une constitution	23
1.4.1 Ressources	24
1.4.2 Déroulement du processus	24
1.4.3 Délais	26
1.4.4 Accord sur un calendrier de réforme constitutionnelle	27
1.4.5 Format de l'accord	27
1.4.6 Portée de la réforme : transitoire, minimale ou complète?	28
1.4.7 Acteurs et participation citoyenne	29
1.4.8 Mécanismes de sortie de l'impasse	31
1.4.9 Rédaction de la constitution	31
1.4.10 Débat sur le projet de constitution	33
1.4.11 Promulgation de la constitution	33
1.4.12 Mise en œuvre de la constitution	34
1.5 Évaluation de l'impact du processus d'élaboration de la constitution	35
1.6 Qui fait quoi? Un tableau	35
Partie 2: Tâches à accomplir dans un processus d'élaboration d'une constitution	38
Types de tâches	38
Structure de cette partie	39
2.1 Les tâches à accomplir pour démarrer le processus	39

2.1.1 Point de départ	40
2.1.2 Une nouvelle constitution est-elle nécessaire?	41
Des démarches plus modestes	42
Un moment ultime pour élaborer une constitution?	43
2.1.3 Démarrer le processus : les enjeux légaux et politiques	43
Lorsqu'il n'existe pas de constitution	43
Lorsqu'il existe une constitution	44
Des exemples de débuts du processus	45
La dimension politique du début du processus	46
2.1.4 La conception du processus	47
Qui est chargé de la conception?	49
Chronologie	50
2.1.5 Calendriers	51
Qui doit décider du calendrier?	53
Rigidité ou flexibilité?	54
Les facteurs susceptibles de contribuer à l'achèvement des travaux en temps voulu	54
Que se passe-t-il lorsque le délai est écoulé?	54
Comment faire respecter le calendrier?	55
Exemples de calendriers	55
2.1.6 La base juridique de la conception d'une constitution	56
Que faire s'il est difficile, voire impossible, de suivre les procédures en vigueur?	59
2.1.7 Préparer ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution	61
Les objectifs	62
Concevoir un programme pour les questions constitutionnelles de fond	63
Les approches pédagogiques	64
Ressources	67
2.1.8 Principes directeurs du processus	67
S'accorder sur des principes directeurs : une tâche de plus en plus importante	67
La nature des principes directeurs	68
Les principes figurant dans les textes instituant des processus constitutionnels	69

Principes directeurs: un phénomène courant	69
Les sources des principes des processus constitutionnels	70
Qui décide des principes directeurs?	70
Principes vérifiables dans les situations de conflit impliquant des minorités reconnues	71
Autres cas de principes vérifiables	72
Comment les principes sont-ils utilisés?	73
Est-il obligatoire de respecter les principes directeurs?	73
Commentaires	74
2.1.9 Dispositions constitutionnelles dans un régime de transition	75
Réformes graduelles et intérimaires: des processus liés mais différents	75
Circonstances justifiant les dispositions de transition	75
Aspects négatifs des dispositions de transition	77
Dispositifs de transition faisant office de feuille de route vers une nouvelle constitution	78
Orientation et champ d'application des dispositions de transition	79
Qui négocie les dispositions de transition?	80
Différentes formes de dispositions de transition	81
Légalité des dispositions de transition	82
Gestion de la période de transition	82
Dispositions de transition gérées au niveau local	84
2.1.10 Recommencer quand un processus a «échoué»	84
Retour à la case départ	85
Abandon	85
Quid des pays «sans constitution»?	86
Changement progressif	86
Reprendre là où l'on s'est arrêté	86
La question de la «volonté politique»	87
Ne pas se hâter pour changer la constitution	87
2.2 Participation citoyenne	89
2.2.1 Introduction aux questions relatives à la participation citoyenne	90
Évolution des modes d'élaboration des constitutions	90
Sens et différents aspects de la participation citoyenne	91
L'impact de la participation citoyenne	93

La pertinence des organes de décision	94
Participants	94
Évaluation de l'impact de la participation citoyenne	95
Les possibilités qu'offre la participation citoyenne	96
Risques potentiels liés à la participation citoyenne	98
Conclusion	100
2.2.2 Préparer les citoyens à la participation : l'éducation civique	101
Étapes clés de l'éducation civique	102
Qui mène les programmes d'éducation civique?	106
Planifier l'éducation civique	107
Conseils pratiques pour la planification	107
Techniques d'éducation civique	108
Télévision et radio	108
Imprimés	109
Évènements sportifs et culturels, jeux et compétitions	111
Site Internet officiel de l'organe constituant	111
Services de messagerie mobile et réseaux sociaux	113
Ateliers d'éducation civique	113
Conseils pratiques pour mettre en œuvre les programmes d'éducation civique	115
Contraintes liées à la mise en œuvre des programmes d'éducation civique	118
2.2.3 Consultations publiques	120
Consultation publique sur le processus d'élaboration constitutionnelle et le contenu de la constitution	121
Consultation publique sur les questions relatives au processus d'élaboration constitutionnelle	122
Consultation publique sur les questions concernant le contenu de la constitution	124
Consultation publique prescrite par la loi, et point de vue des citoyens utilisé comme source d'information	126
Quel est l'organe chargé de conduire les consultations publiques?	130
Arguments en faveur des consultations publiques et affirmations au sujet de leur impact	131

Quelques principes directeurs pour conduire un processus de consultation publique	134
Planifier la consultation publique longtemps à l’avance	135
Établir des calendriers réalistes	136
Préparer la population afin qu’elle participe de façon significative	136
Être transparent	137
Être représentatif	137
S’assurer que le processus consultatif est accessible, sûr et inclusif	137
Écouter avec respect l’opinion des citoyens	138
Enregistrer, classer, analyser et prendre en considération fidèlement les opinions exprimées	139
Examiner attentivement les opinions des citoyens lors de la prise de décisions clés	139
Rendre des comptes et communiquer	139
Veiller à ce que les acteurs nationaux s’approprient et pilotent le processus de consultation	139
Évaluer le processus de consultation	139
Choisir les modes de consultation des citoyens	140
Appel aux citoyens à formuler leur opinion	141
L’utilisation de l’Internet, des lignes téléphoniques, de textos et des réseaux sociaux pour inviter les citoyens à s’exprimer et recueillir leurs avis	141
Le recours à des questions servant à guider le processus	142
Conseils pratiques pour rédiger les questions qui guideront le processus	143
Le recours aux enquêtes basées sur un questionnaire	143
Réaliser une enquête scientifique basée sur un questionnaire	143
Questionnaires remplis à titre volontaire	146
Rapports des sondages	146
Conseils pratiques pour réaliser des enquêtes	146
Le recours à des réunions de consultation publique en face-à-face	147
Réunions de consultation publique	147
Les groupes de discussion	150
Rencontres avec les groupes sectoriels	151
Réunions thématiques	152

Conseils pratiques pour l'organisation de tous types de réunions directes	153
Utilisation de la vidéo pour faciliter la consultation publique	154
2.2.4 Recueillir et analyser l'avis des citoyens	155
Exemples de processus où l'opinion des citoyens a été entendue	156
Conséquences des choix de consultation publique sur la réception et l'analyse des opinions des citoyens	159
Ce qu'il faut pour recueillir et traiter les opinions	160
Qui recueille et analyse les opinions	160
Diverses formes sous lesquelles les opinions peuvent être communiquées, recueillies et conservées	161
Analyse des opinions	164
Personnel, ressources et fonds	165
Rapports des organes chargés de l'élaboration de la constitution sur l'exploitation des opinions	165
2.3 Administrer et gérer le processus et ses ressources	167
2.3.1 Les tâches essentielles d'administration et de gestion d'un processus	167
2.3.2 Planification stratégique et opérationnelle	168
2.3.3 Gestion financière	173
Budgétisation et chiffrage des coûts du processus	174
Conseils pratiques	174
Responsabilité financière	176
2.3.4 Personnel	177
Embaucher ou détacher du personnel	177
Employés, personnel en détachement et consultants	179
Responsabilité du personnel	180
2.3.5 Développement des compétences	181
2.3.6 Conseillers étrangers	181
Éviter les pièges courants du recours à des conseillers étrangers	182
2.3.7 Établir un dossier historique du processus	184
2.3.8 Conserver les archives	185
Pourquoi?	185
Les questions à prendre en compte	186

Détails sur les archives et leur conservation	187
2.3.9 Services de traduction et d'interprétation	188
Traduction à l'usage des nationaux	188
Traduction à l'usage des étrangers et traduction de la documentation étrangère à l'usage des nationaux	189
Conseils pratiques	190
2.3.10 Sécurité	192
2.3.11 Les médias	193
Stratégie médiatique	194
Définir des règles relatives à l'accès par les médias	195
2.3.12 «Gérer» les relations avec la communauté internationale	196
Qui est la «communauté internationale» dans un processus d'élaboration constitutionnelle?	196
Les intérêts et les rôles de la communauté internationale	197
Le financement des donateurs pour le processus	198
2.3.13 Élaborer le règlement intérieur et les règles concernant la prise de décisions – qui et quand?	201
Qui établit les règles?	202
Sources des règles	203
À quoi servent les règles?	204
2.3.14 Traiter les problèmes au cours du processus	204
Pourquoi certains processus en arrivent-ils au point mort?	205
Comment les processus en arrivent-ils au point mort	205
À quel moment les processus en arrivent-ils au point mort?	205

2.4 L'ordre du jour des questions constitutionnelles:

susciter une réflexion sur ces questions	207
2.4.1 Déterminer l'ordre du jour des questions constitutionnelles	207
L'importance de l'ordre du jour	207
Quelles sont ces questions?	208
Décider de l'ordre du jour en amont du processus d'élaboration de la constitution	209
Décider de l'ordre du jour au cours du processus	210
Se concentrer sur les questions conflictuelles	211
2.4.2 Susciter une réflexion sur les questions constitutionnelles	211

Analyser les failles de la constitution en vigueur	211
Qu'est-ce qui n'allait pas dans la constitution précédente?	212
Quelques mises en garde	213
Sources des idées	213
2.5 Débats et décisions	216
2.5.1 Procédures et règles en matière de débats et de décisions	216
Principaux aspects	216
Quorum	216
Règles relatives à la prise de parole	217
Règles relatives aux notifications	218
Règles de courtoisie et de bienséance	218
Prise de décision et vote	219
Caucus	223
Ouverture	223
Relations avec la population et les médias	224
Règles à appliquer à une commission ou tout organe similaire	225
2.5.2 Traitement des questions conflictuelles	225
Qu'est-ce qu'une question conflictuelle?	226
2.6 Le texte constitutionnel: cohérence et rédaction	232
2.6.1 Assurer la cohérence des dispositions constitutionnelles	232
Incohérence	232
Éviter les incohérences	234
2.6.2 Rédaction du texte de la constitution	234
L'interprétation par les tribunaux	235
Styles de rédaction	236
Les différentes étapes de la rédaction	236
Le travail du rédacteur technique	238
Rédaction du texte constitutionnel	239
Problèmes rencontrés dans le travail de rédaction	239
La langue	239
«Un langage simple» ou d'autres langues	240
Principes d'inclusion et d'accessibilité	240
Longueur	240

Structure constitutionnelle	241
Risques et dangers	241
Quelques éléments à l'intention des rédacteurs	241
2.7 Adoption et mise en œuvre de la constitution	242
2.7.1 Adoption, ratification, et promulgation	242
Adoption	243
Ratification	244
Validation	244
Assentiment	245
Promulgation	245
Entrée en vigueur	245
2.7.2 Application	247
Appliquer, promouvoir et sauvegarder la constitution	248
Application	248
Promotion	248
Sauvegarde	248
Le processus d'élaboration de constitution contribue-t-il à son application?	249
Encourager la prise de conscience citoyenne pendant et après la conception du processus	249
Contenu et langue: parler au peuple	250
Quels mécanismes constitutionnels pour encourager l'application et la promotion de la constitution?	250
Dispositifs constitutionnels de sauvegarde (et d'application) de la constitution	251
Dispositifs internes destinés à encourager la sauvegarde et l'application de la constitution	252
Protection de la constitution contre les coups d'État	252
Protection vis-à-vis d'amendements précipités ou préjudiciables	252
Restrictions à l'état d'urgence	252
Certification de la constitutionnalité des projets de loi	252
Système judiciaire	253
Des organes indépendants pour la responsabilité, la réparation et pour les missions politiquement sensibles	253

Codes de conduite	253
Démocratie directe	253
Dispositifs externes pour encourager la sauvegarde et (l'application) de la constitution	254
Partie 3: Institutions, groupes et procédures	255
Comment s'articulent tous les éléments entre eux	257
Différents modèles	258
3.1 Institutions aux rôles multiples	259
3.1.1 Introduction	259
3.1.2 Assemblées constitutionnelles	259
Parlements et assemblées: les liens	260
Dissocier le parlement de l'assemblée constitutionnelle: arguments pour et contre	262
Statut juridique des assemblées	264
Conception	265
Taille	267
Composition	267
Élection et sélection des membres	268
Campagne	272
Fédérations ou pays en cours de fédération	272
Qualifications des membres	272
Faire siéger les experts en qualité de membres?	273
Non-membres jouissant d'un statut spécial	273
Rémunération des membres	274
Structure de l'assemblée	274
Commissions	274
Lieu	276
Appui et équipements	277
Durée	277
Que devient une assemblée une fois sa tâche achevée?	277
Conclusion	278
3.1.3 Conférences nationales	278
Origines des conférences nationales	278

Influences françaises et autres	279
Quelques caractéristiques et problèmes liés aux conférences nationales	280
Processus de mise en place des conférences nationales	280
Rôles et responsabilités	281
Taille, composition et durée	282
Problèmes découlant de la taille importante, de la composition complexe et de la courte durée des processus	283
Présider et se tourner vers l'avenir	284
Résultats constitutionnels des conférences nationales	285
Conseils pratiques	285
3.2 Institutions chargées d'élaborer des propositions transmises à d'autres organes pour décision définitive	286
3.2.1 Parties prenantes aux processus de paix	286
3.2.2 Tables rondes	291
Conseils pratiques	294
3.2.3 Commissions constitutionnelles, commissions parlementaires et autres organes spécialisés	295
Une commission constitutionnelle est-elle nécessaire?	296
Arguments généraux en faveur d'une commission indépendante.	296
Quelques faiblesses	297
Expliquer le recours aux commissions constitutionnelles	297
Concevoir une commission constitutionnelle efficace	298
Composition	299
Cadre juridique	300
Établissement d'un comité autonome, d'une commission parlementaire ou d'une assemblée?	301
Qu'advient-il de l'avant-projet élaboré par la commission constitutionnelle?	302
Autres organes spécialisés	304
Conclusions	305
3.3 Organes de gestion administrative.	305
Création de l'organe de gestion administrative	306
Rôles et prérogatives	307

Direction de l'organe chargé de la gestion administrative	307
Création de services ou de départements spécialisés	310
Nécessité de se doter d'un organigramme	312
Conseils pratiques	312
3.4 Institutions spécialisées ou dotées de ressources techniques	313
3.4.1 Experts	313
Historique	313
Évolution du rôle des experts	313
Fonctions des experts	315
Experts locaux ou étrangers	316
Conseils pratiques	317
3.4.2 Organismes électoraux	318
Questions liées aux élections	318
Questions liées au référendum	319
3.4.3 Ministères et institutions publiques	320
Les autorités étatiques et leurs fonctions	320
Autorités essentiellement créées pour appuyer le processus d'élaboration de constitution	323
Autorités auxquelles sont assignées des fonctions supplémentaires en appui au processus	323
Autorités extérieures susceptibles d'influencer ou de participer directement au processus	324
Relations entre organes constituants et les autres autorités	325
3.4.4 Cours et tribunaux	326
Tribunaux assumant une fonction à part entière dans l'élaboration de constitution	326
Tribunaux ayant compétence pour bloquer les modifications	326
Tribunaux et référendums	327
Fonctions particulières liées à la mise en œuvre	327
Problèmes	328
Tribunaux spéciaux	329
Conseils pratiques	329
3.5 Référendums et plébiscites	330

3.5.1 Adoption et ratification de la constitution	330
Utilisation du référendum	330
Prévalence des référendums	331
Statuts des référendums	332
Règles relatives au vote	332
Débats sur les référendums	333
Arguments en faveur du référendum	333
Souveraineté du peuple et démocratie, respect des normes internationales, autodétermination	333
Participation du peuple	333
Contrôle des rédacteurs de la constitution	334
Reddition des comptes des rédacteurs de la constitution	334
Incitation au compromis pour assurer le soutien général de toutes les communautés ethniques et autres	334
Modification après un examen minutieux	334
Informers les citoyens sur les questions constitutionnelles	335
Construction de la nation	335
Faire de la légitimité et des aspirations du peuple une réalité incontestable	335
Arguments contre le référendum	336
La constitution n'est pas une problématique monovalente, mais le fruit d'un ensemble de valeurs et d'institutions	336
Danger des campagnes mensongères	336
Voter pour les mauvaises raisons	336
Danger de manipulation et d'intimidation et recherche d'une fausse légitimité	336
Référendum aux effets polarisants ou sources de discorde dans les États multi-ethniques	337
La meilleure forme de participation citoyenne est celle qui intervient au début du processus : lorsque c'est le peuple qui décide	337
Le référendum peut être utilisé pour fausser les résultats d'un processus participatif juste et équitable	337
Dans les États multi-ethniques, la meilleure solution est de négocier en toute bonne foi	337

La légitimité repose sur l'équité et l'efficacité de la constitution.	338
Importance de la question	338
Commentaire sur le débat	338
Réformes référendaires	338
Partie 4: Guide des acteurs extérieurs au processus: Société civile, médias, et communauté internationale	340
4.1 La société civile et les médias	340
4.1.1 Promouvoir ou organiser le changement ou les réformes constitutionnelles	341
4.1.2 Informer et sensibiliser les populations aux questions électorales relatives à l'élaboration de constitution	342
4.1.3 Éducation civique	344
4.1.4 Consultations publiques	344
4.1.5 Propositions soumises à l'organe constituant	345
Propositions non sollicitées	347
Questions sensibles	348
Choix du bon moment	348
Maintenir l'intérêt	348
4.1.6 Recherche	349
4.1.7 Lobbying	349
4.1.8 Surveillance du processus	350
Établir des relations avec les instances du processus officiel	351
Maintenir la pression	351
Le juste milieu entre encouragement et critique	352
Un programme de surveillance efficace	352
4.2 Conseils à l'intention de la communauté internationale	356
4.2.1 Pièges auxquels sont habituellement confrontés les processus dirigés ou fortement influencés par la communauté internationale	357
Absence d'orientations théoriques ou pratiques pour guider l'assistance constitutionnelle	357
L'imposition de calendriers serrés	359
Une participation citoyenne jugée peu crédible	360
Restreindre le dialogue aux élites politiques et aux belligérants	360

Considérer l'élaboration de la constitution comme un travail principalement technique	361
Des solutions électorales à des problèmes de représentation et de légitimité	361
Absence de développement des compétences des acteurs nationaux et de promotion de l'appropriation du processus par les acteurs nationaux	362
Assistance ou implication prenant fin avec l'adoption de la constitution	363
4.2.2 Conseils d'actualité pour la communauté internationale	363
Conseils pratiques	364
Annexe A: Études de cas	366
A.1 Afghanistan [2004]	366
A.2 Bénin [1990]	368
A.3 Bolivie [2009]	370
A.4 Bosnie-Herzégovine [1995]	371
A.5 Inde [1950]	373
A.6 Irak [2005]	375
A.7 Kenya [2005; 2010]	376
A.8 Népal [processus en cours]	378
A.9 Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975; 1995]	379
A.10 Pologne [1997]	382
A.11 Timor-Leste [2002]	384
A.12 Ouganda [1995]	385
Annexe B: Glossaire	387
Annexe C: Exemples de codes de conduite	399
C.1 Exemple de code de conduite des membres d'un organe constituant	399
C.2 Exemple de code de conduite des prestataires d'éducation civique	400
C.3 Exemple de code de conduite des membres d'un organe constituant consultant les citoyens	402
Annexe D: Références	404

Encadrés

Encadré 1.	Le mouvement populaire colombien en faveur de la réforme	47
Encadré 2.	Le processus kenyan [2010] et le processus de Bougainville [2004]	51
Encadré 3.	Des délais préjudiciables	52
Encadré 4.	«Légalité révolutionnaire» et «Nécessité»	58
Encadré 5.	Afrique du Sud : les jugements de certification	71
Encadré 6.	Négociations sur les dispositions de transition au Népal	79
Encadré 7.	Changement «graduel» au Chili	83
Encadré 8	Kenya : options pour «repartir à zéro»	87
Encadré 9.	Qui doit participer? Et comment? (ou ce que l'on appelle aussi la «cartographie de la participation»)	88
Encadré 10.	Voile d'ignorance	99
Encadré 11.	L'éducation civique au Rwanda avant le référendum (2003).	103
Encadré 12.	Afrique du Sud [1996] : préparation des citoyens à la participation au processus	104
Encadré 13.	Exemples de sites officiels d'organes constituants	110
Encadré 14.	Évaluation des ateliers d'éducation civique : quelques observations	119
Encadré 15.	Exemples d'obligations légales d'organisation de consultations publiques	127
Encadré 16.	Ouganda - Utilisation des points de vue recueillis	129
Encadré 17.	Népal 2009 : Problèmes qui se posent lorsque le processus est mal conduit	135
Encadré 18.	Utilisation de l'Internet au Kosovo [2008]	142
Encadré 19.	Les pièges à éviter lorsqu'on fait appel à des bénévoles pour administrer des questionnaires : le cas de l'Irak [2005]	145
Encadré 20.	Comment les deux millions de propositions de l'Afrique du Sud ont été prises en compte	157
Encadré 21.	Utilisation de l'opinion des citoyens en Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975]	158
Encadré 22.	Utilisation des réseaux sociaux dans la préparation d'une constitution : le cas de l'Islande [processus en cours]	162

Encadré 23.	Exemple de processus de planification stratégique	170
Encadré 24.	Avantages de la diversité dans le personnel	176
Encadré 25.	Exemples de détachement de personnel : Timor-Leste [2002]	178
Encadré 26.	Traduire le langage constitutionnel	189
Encadré 27.	Création d'un groupe de donateurs : Afghanistan [2004]	200
Encadré 28.	Qui établit les règles?	203
Encadré 29.	Qu'est-ce qu'une majorité simple? Le débat à l'assemblée constituante du Timor-Leste [2002]	219
Encadré 30.	Obstacles à la présence des femmes dans les organes de décision	221
Encadré 31.	Le parlement, source d'incohérences dans la constitution des Fidji	233
Encadré 32.	Rédaction du texte de certaines constitutions modernes	237
Encadré 33.	Entrée en vigueur de la constitution en Érythrée [1997]: une erreur	243
Encadré 34.	Adoption, promulgation et publication de la constitution kenyane [2010]	246
Encadré 35.	Commissions ou comités?	256
Encadré 36.	Caractère non-délibérant du parlement dans le processus d'élaboration de constitution	262
Encadré 37.	Afrique du Sud : Un organe, deux rôles	263
Encadré 38.	Participation active des membres	270
Encadré 39.	Questions à prendre en compte pour la création d'une commission constitutionnelle ou d'une commission parlementaire	302
Encadré 40.	Népal [processus en cours]: mauvaise organisation de la structure de gestion	308
Encadré 41.	Élection en vue d'établir une assemblée constituante	318
Encadré 42.	Oranges et bananes – Kenya [2005]	320
Encadré 43.	Ministres des affaires constitutionnelles	321
Encadré 44.	Utilisation des pétitions en Afrique du Sud [1996]	347
Encadré 45.	L'abolition de la peine de mort en Afrique du Sud	349
Encadré 46.	Surveillance exercée par la société civile au Zimbabwe	354

Tableaux

Tableau 1 :	Pays/régions abordés dans le manuel	8
Tableau 2 :	Qui fait quoi?	37
Tableau 3 :	Calendrier des réformes constitutionnelles	44
Tableau 4 :	Les débuts de la révision de la constitution	45
Tableau 5 :	Stades d'un processus d'élaboration constitutionnelle lorsqu'une consultation publique a eu lieu sur le contenu de la constitution . . .	126
Tableau 6 :	Types de postes pourvus dans un processus d'élaboration constitutionnelle	177
Tableau 7 :	Comparaison entre une assemblée constituante et un parlement	258
Tableau 8 :	Tâches des assemblées constitutionnelles	266
Tableau 9 :	Composition des assemblées constitutionnelles	269
Tableau 10 :	Conférences nationales dans les pays africains francophones, 1990 à 1993	281

Vue d'ensemble

Utilité et finalité de ce manuel

Proposer des options en matière de processus d'élaboration et de réforme de la constitution

C'est la première fois que les acteurs engagés dans les processus d'élaboration de constitutions disposent d'un outil tel que ce manuel. Depuis la sortie de la guerre froide à la fin des années 1980, on constate une multiplication spectaculaire du nombre de processus constitutionnels, surtout destinés à mettre un terme à des conflits violents ou à de profondes divisions. Pourtant, les acteurs du processus constitutionnel et ceux de la communauté internationale qui les assistent ont reçu très peu de formation ou d'informations sur le processus d'élaboration d'une constitution, sur le vaste corpus d'expérience qui existe en matière de processus constitutionnels que ce soit en situation postérieure au conflit ou de façon générale, et sur la gamme de résultats envisageables. Quiconque souhaite réfléchir à ce qu'implique la conception, le lancement ou la mise en œuvre d'un processus constitutionnel a la possibilité de se référer à des études de cas portant sur certains processus constitutionnels donnés et aux analyses comparatives universitaires de quelques institutions ou mécanismes particuliers. Cependant, s'engager dans un processus constitutionnel implique des milliers de choix à faire notamment en matière de conception, de mise en œuvre et autres, en particulier lorsqu'il s'agit d'objectifs aussi difficiles à atteindre que la transformation ou la résolution des conflits. Pourtant, jusqu'à présent, les acteurs des processus constitutionnels n'avaient aucun moyen d'accéder à des connaissances pratiques sur la gamme des tâches et des institutions à envisager dans le cadre de ces processus.

Nous nous sommes nous-mêmes retrouvés dans la situation de ces acteurs. Nous avons, les uns et les autres, dirigé, conseillé ou participé à des dizaines de processus d'élaboration de constitutions. Nous avons dû apprendre sur le tas - parfois les uns des autres, parfois d'autres praticiens - mais toujours sans avoir une idée de l'ensemble des options et des expériences pertinentes acquises en quarante années d'élaboration de constitutions.

Ce manuel vise à combler ce manque. La majeure partie des connaissances qui ont servi à le confectionner ne figure pas dans la littérature universitaire. Dans l'optique de recenser la somme d'options et d'expériences connues en matière d'élaboration de constitutions, nous avons organisé pendant trois ans des ateliers et des entretiens qui nous ont permis de rencontrer plus de 120 praticiens et universitaires issus de dizaines de pays dans toutes les régions du monde.

Bien que les processus constitutionnels relèvent de contextes, de procédures et d'organes divers, ce manuel recense les nombreuses tâches qui doivent être effectuées ainsi que les diverses institutions et procédures qui doivent intervenir pour ce faire. Il traite aussi des

opportunités et des dilemmes qui naissent de la réalisation de certaines tâches ou du recours à certaines institutions. Le manuel ne se penche pas sur le contenu même des constitutions (c'est-à-dire s'il faut opter pour un système présidentiel ou parlementaire, inscrire ou non le droit à l'alimentation, créer une cour des comptes, etc.). Il porte sur les processus susceptibles d'être mis en œuvre pour pouvoir prendre les décisions au sujet de ce contenu.

Le manuel met l'accent sur l'objectif que constitue l'élaboration d'une constitution dans une démarche démocratique, participative, transparente, inclusive et représentative, tout en soulignant la nature profondément politique de l'exercice ainsi que les risques et les opportunités que comporte l'application de ces principes avec toute la sensibilité voulue, à chaque étape du processus. Par exemple, si la promotion du dialogue et du débat autour des questions constitutionnelles est parfois utile dans certains contextes, ils peuvent aussi faire rapidement dérailler le processus dans des sociétés profondément divisées où ce type de débat est de nature à exacerber la polarisation.

Le manuel insiste par ailleurs sur le fait qu'il n'existe pas de manière unique de bien concevoir un processus d'élaboration de constitution. Les différentes tâches à exécuter, l'ordre dans lequel il faut les exécuter et les institutions et processus qu'il convient d'associer à leur mise en œuvre sont autant d'éléments qui peuvent varier à l'infini.

Le manuel s'intéresse plus spécialement aux besoins particuliers des processus constitutionnels destinés à mettre un terme à un conflit violent ou à contribuer à la réconciliation et au consensus dans une société profondément divisée. Il attire l'attention du lecteur sur les opportunités et les dilemmes propres à l'exercice d'élaboration d'une constitution dans les situations de conflit ou postérieures au conflit, et insiste sur le fait que le processus constitutionnel ne sera pas aussi constructif qu'il le pourrait, si les opportunités de consolidation de la paix ne sont pas optimisées et les contraintes surmontées. Par exemple, dans une situation de conflit ou postérieure au conflit, les auteurs du processus doivent pouvoir envisager d'autres finalités au processus constitutionnel que la simple création d'un cadre de gouvernance et l'adoption d'une constitution, à savoir :

- Identifier les problèmes de société sous-jacents et définir un programme de réforme y afférent ;
- Dégager un consensus national autour des objectifs de la constitution ;
- Résoudre les problèmes nationaux ou régionaux en suspens ;
- Promouvoir une identité nationale (un problème qui se pose en particulier dans les États multi-ethniques) ;
- Inculquer aux citoyens les principes de la théorie et de la pratique démocratique en leur faisant vivre l'expérience de l'élaboration de la constitution à travers un processus délibératif et participatif ;
- Assurer une large participation au processus et une bonne connaissance de la constitution, en partie pour en faciliter la mise en œuvre, la protection et la légitimité ;
- Négocier une entrée dans la communauté internationale ;
- Assurer la transition vers la démocratie, un régime civil ou la justice sociale.

L'autre objectif de ce manuel consiste à mettre en lumière l'importance des processus qui interviennent dans l'élaboration d'une constitution. En effet, de nombreuses études ont été effectuées (notamment par des constitutionnalistes ou des politologues) sur les choix relatifs au contenu des constitutions et leurs potentielles répercussions sur les conflits et les divisions profondes dans certaines sociétés. En revanche, il existe très peu d'études sur l'impact des processus constitutionnels sur la résolution des conflits, la réduction des fractures profondes dans la société ou sur le succès ou l'échec d'un processus constitutionnel de manière générale (surtout si, par exemple, les observateurs sont tentés de mesurer la réussite du processus à l'aune de la longévité de la constitution). Comme cela est précisé dans le premier chapitre, les quelques études effectuées jusqu'ici ne fournissent pas de données probantes permettant de prédire les conséquences d'une procédure par rapport à une autre, ou du recours à une combinaison particulière de procédures. Certains chercheurs ont simplement relevé de façon générale que les processus les plus démocratiques tendent à produire des constitutions plus démocratiques et que plus l'organe constituant est démocratique, plus grandes sont les chances que le pays concerné ne retombe pas dans la violence.

Ce manque de données probantes est lié à l'immense diversité de formats et de contextes dans lesquels les processus sont mis en œuvre. Le contexte détermine à lui seul une multitude de variables qui pèsent lourdement sur les résultats du processus constitutionnel mais qui ne peuvent pas être pris en compte directement ni dans l'évaluation d'un processus constitutionnel ni dans les leçons à tirer d'un processus au moment d'en élaborer un autre. Citons parmi ces variables la culture, l'histoire, le leadership, les ressources et l'activité économique, la nature du conflit ou de la fracture, le nombre de langues, la géographie, ainsi que l'intérêt stratégique des acteurs internationaux. Évaluer les résultats est une tâche difficile car bien souvent, les processus ne constituent pas un produit bien structuré mais sont plutôt le fruit d'intenses négociations dominées par la classe politique et menées à huis clos (voir l'analyse de ce point dans la partie 1). Une participation large et représentative est susceptible de conduire à l'implication de nouveaux acteurs et de rendre l'issue de ces négociations encore moins prévisible.

Ainsi, l'issue d'un processus ou d'une procédure ne dépend pas tant de sa conception et de sa mise en œuvre que d'autres dynamiques : le fait que des dirigeants politiques ou des éléments perturbateurs fassent échouer le processus ; le niveau de moyens mis en place pour mener à bien le processus ; l'habileté des dirigeants politiques ou des négociateurs ; un changement dans les priorités ou l'implication de la communauté internationale ; le coût potentiel d'un échec (par exemple, un retour à la guerre), et bien d'autres facteurs encore.

Parvenir même à déterminer si un processus d'élaboration d'une constitution est une « réussite » ou un « échec » est en soi très difficile. La légitimité d'une constitution peut constituer un facteur de succès. Mais dans ce cas, qui détermine le caractère « légitime » du résultat ? Comment le mesure-t-on ? La longévité d'une constitution pourrait être considérée comme un indicateur de réussite du processus dont elle est l'aboutissement. Cependant, beaucoup estiment que les constitutions conçues pour permettre la transition de la guerre à la paix doivent, une fois cette transition accomplie, être modifiées pour répondre

aux nouveaux besoins d'une période plus stable. Il n'est pas aisé non plus de trouver une corrélation entre la longévité et les choix de procédure ou de mise en œuvre. En effet, une constitution peut avoir eu une durée de vie très courte pour des raisons indépendantes de son processus d'élaboration. Du reste, tout processus qui n'aboutit pas à une constitution peut toutefois ouvrir la voie à une future réforme constitutionnelle et à des institutions et des pratiques plus démocratiques. Par exemple, l'existence d'un important volet d'éducation civique dans un processus « qui a échoué » peut conduire les citoyens à exiger dans l'avenir une constitution reposant sur un consensus, voire entraîner des effets positifs sur le constitutionnalisme dans le cadre de la constitution existante.

Malgré le manque de données probantes sur les conséquences des processus et procédures d'élaboration de constitutions, on constate, dans ces processus et principes généraux, une nette tendance à établir de nouvelles normes concernant les facteurs de nature à favoriser une paix plus durable dans les situations de conflit ou postérieures au conflit. Comme on le verra dans les parties 1 et 2, ce manuel met un accent particulier sur la participation et la représentativité, qui sont étroitement liées à l'élargissement progressif des concepts de droits démocratiques des citoyens. Certains considèrent que la participation de tous fait partie, avec d'autres grands principes qui s'appliquent à l'élaboration de constitution tels que l'inclusion, la représentation, la transparence et l'appropriation, d'un « nouveau constitutionnalisme ». Ces principes, ainsi que leurs avantages potentiels, seront abordés à la fin de cette partie.

À qui s'adresse ce manuel ?

Ce manuel s'adresse à tous ceux qui, d'une façon ou d'une autre, sont impliqués dans le processus de rédaction d'une constitution ou qui s'intéressent à son amélioration. Il pourra s'agir de membres des assemblées constituantes ou de commissions constitutionnelles, de fonctionnaires, d'hommes politiques, de mouvements de la société civile, de militants, de bailleurs de fonds, de conseillers étrangers, d'analystes politiques, d'universitaires et d'acteurs de l'aide internationale. Nous avons tenté de couvrir un large éventail de problématiques, d'idées, d'expériences, de problèmes et d'exemples de réussites, et de fournir des conseils pratiques, dans l'espoir que ce manuel puisse être utile à une palette d'intervenants la plus large possible.

Bien que nous ayons élaboré ce guide pour qu'il soit utile à un large lectorat, nous accordons une attention particulière aux besoins des lecteurs qui entreprennent un processus d'élaboration de constitution dans un pays en conflit ou sortant d'un conflit. En effet, les sociétés divisées se heurtent à des enjeux uniques pour élaborer une constitution qui repose sur un consensus. Il se peut que la méfiance règne au sein des communautés ou entre les anciens et les nouveaux dirigeants. Des éléments perturbateurs peuvent se tenir à l'écart du processus d'élaboration de la constitution ou se manifester au fur et à mesure de son évolution. Il arrive que les institutions ou les dirigeants associés au processus aient eux-mêmes attisé le conflit. Les acteurs internationaux peuvent avoir contribué à favoriser les négociations sur la constitution, mais peuvent également exercer des pressions pour obtenir des résultats qui penchent dans un sens précis.

Le fait d'accorder une importance particulière aux situations de conflit et postérieures au conflit ne signifie pas que nous négligeons dans ce manuel tous les volets liés aux tâches, procédures et institutions qui entrent généralement en ligne de compte dans le processus d'élaboration d'une constitution. Les modalités d'élaboration d'une constitution sont très diverses que ce soit pendant ou après un conflit, comme c'est le cas dans toute autre situation. Cependant, notre intérêt pour l'élaboration de la constitution en tant qu'instrument de transformation et de résolution des conflits nous a conduit à examiner de façon plus approfondie certains aspects particuliers de ce processus. Citons à titre d'exemple les dispositions constitutionnelles de transition, qui sont souvent de nature à jouer un rôle déterminant dans un processus postérieur au conflit. Cela signifie également que nous abordons la question du conflit à chaque étape du processus, y compris dès la première décision : faut-il élaborer une nouvelle constitution ? En effet, dans certains cas, le processus de rédaction d'une nouvelle constitution risque d'exacerber ou de raviver le conflit.

Ce manuel comme outil au service du dialogue permanent avec les rédacteurs de constitution

Nous espérons que ce guide servira d'outil dans le dialogue permanent qu'entretiennent un grand nombre de professionnels et d'experts pour améliorer la pratique constitutionnelle. L'une des difficultés majeures de la préparation de ce manuel fut de structurer la vaste gamme de connaissances, d'expériences et de combinaisons complexes d'institutions, de tâches et de procédures dans un format aisément accessible et digeste. C'est la raison pour laquelle Interpeace a placé cette première version du manuel sur Internet à l'adresse www.constitutionmakingforpeace.org, afin de recueillir des avis et d'encourager les lecteurs à poursuivre la réflexion sur la question. En effet un espace réservé aux lecteurs est disponible pour formuler des commentaires à la fin de chaque partie du manuel sur le site Internet. Nous serions reconnaissants aux lecteurs d'enrichir cette première ébauche du manuel en faisant part de leurs expériences, observations et suggestions concernant le contenu et la façon de rendre cet ouvrage plus accessible. En 2012, nous proposerons sur le site Internet un mécanisme permettant à ceux qui participent à un processus constitutionnel d'obtenir des réponses aux questions qu'ils se posent sur l'élaboration d'une constitution.

Comment utiliser ce manuel

Ce guide s'appuie sur des expériences dans l'élaboration de constitutions à travers le monde. Ces expériences montrent qu'il n'existe pas un bon procédé pour élaborer une constitution. En outre, contrairement aux élections ou à d'autres tâches liées à l'édification d'une démocratie, l'élaboration de la constitution ne suit pas d'étapes soigneusement fixées. La gamme très large de tâches à effectuer dans le cadre d'un processus d'élaboration de la constitution, ainsi que pour la conception et l'élaboration d'un tel processus, et les nombreux choix à opérer, engendrent d'importantes différences entre les processus. De même, de nombreux arbitrages sont à faire pour choisir les institutions ou les procédures à utiliser pour accomplir telle

ou telle tâche. C'est la raison pour laquelle il n'était pas judicieux d'agencer ce manuel de manière linéaire, en commençant par une tâche particulière que devrait idéalement effectuer une institution précise. Nous avons plutôt décidé de structurer le corps principal de notre propos (les parties 2 et 3) en commençant par les tâches à accomplir suivies des institutions et procédures que l'on peut mettre à contribution pour accomplir ces tâches. Il s'agit d'éléments communs à tout processus d'élaboration de constitutions, dans lesquels on puisera pour concevoir un processus. De nombreux facteurs peuvent peser sur les choix opérés au moment de la conception d'un processus donné. Certaines institutions fréquemment mises à contribution en raison des traditions juridiques et politiques d'un pays donné sont rarement utilisées ailleurs. Du reste, les idées sur l'élaboration de constitutions et le contenu des constitutions qui ont fait leur apparition dans un endroit sont souvent copiées ou modifiées par d'autres. Par conséquent, une institution qui semble à première vue tout à fait exotique peut susciter l'intérêt d'autres pays. Ne serait-ce que pour cette seule raison, il nous faut couvrir de façon exhaustive la vaste palette d'expériences en matière d'élaboration de constitutions.

Si les institutions ne s'exportent pas toujours de façon heureuse d'un pays à l'autre, les tâches à accomplir dans le cadre d'un processus d'élaboration de constitution sont, quant à elles, relativement similaires. À titre d'exemple, les rédacteurs de constitution doivent généralement accomplir la plupart des tâches suivantes :

- Réfléchir aux enjeux auxquels le pays est confronté et les étudier ;
- Examiner les options de dispositions constitutionnelles qui répondent le mieux à ces enjeux ;
- Informer la population des enjeux et des choix opérés et la consulter à ce sujet ;
- Négocier les choix constitutionnels avec les principaux groupes politiques et ceux qui ont le pouvoir de décision ;
- Administrer et gérer le processus d'élaboration de la constitution ;
- Rédiger un nouveau texte constitutionnel, débattre et l'adopter ;
- Prendre des dispositions pour assurer l'application de la nouvelle constitution.

Si dans pratiquement tous les processus certaines tâches majeures liées à l'élaboration de la constitution sont incontournables, en revanche, les institutions auxquelles on a recours pour les réaliser varient d'un pays à l'autre. C'est partiellement pour cette raison que nous avons distingué la partie sur les tâches de celle sur les institutions et procédures utilisées pour les réaliser. Par ailleurs, certains groupes qui ont souvent un rôle décisif dans un processus constitutionnel (par exemple, les médias, la société civile, les ministères, les partis politiques, et la communauté internationale) sont à bien des égards maintenus à l'écart de ce processus, raison pour laquelle nous les abordons dans une partie distincte de celle des tâches et des institutions.

Il nous faut rappeler ici que notre intention n'est nullement de prescrire au lecteur une liste de tâches données à accomplir quoi qu'il arrive, ou d'institutions précises à utiliser pour les réaliser. Notre propos consiste plutôt à proposer un vaste menu d'options à quiconque souhaite concevoir un processus constitutionnel (voire élaborer une constitution de façon progressive pour s'adapter à un contexte en perpétuelle mutation).

Ce manuel s'articule autour de quatre grandes parties :

La première partie est une introduction au processus d'élaboration de constitution. Elle présente les principales questions qui se posent au sujet du rôle des constitutions (les principales raisons pour lesquelles elles sont élaborées) et certains des défis, dilemmes et opportunités associés à l'élaboration d'une constitution, en particulier dans les situations de conflit.

La deuxième partie se penche sur les tâches usuelles qu'implique un processus d'élaboration de constitution. Bien que nous ayons tenté d'aborder cette partie sur les tâches en lui conférant un certain ordre chronologique, il est difficile de traiter les tâches dans un ordre purement temporel ; en effet, les tâches à accomplir lors de l'élaboration d'une constitution ne sont ni identiques, ni exécutées dans le même ordre selon les situations, sans compter que bon nombre de tâches se font concomitamment ou de façon répétée.

La troisième partie porte sur les institutions et les procédures généralement mises en place pour mener à bien les tâches évoquées ci-dessus. Il s'agit notamment des commissions, assemblées constituantes, et conférences nationales, ainsi que d'organes créés à d'autres fins, mais qui, par nécessité ou dans des circonstances exceptionnelles, sont susceptibles d'être associés au processus d'élaboration constitutionnelle (notamment un parlement, le secrétariat d'un parlement, les tribunaux, et les autorités électorales). Nous avons également inclus dans cette partie ce que nous appelons les « procédures », par exemple, les référendums.

La quatrième partie fournit des orientations à l'intention des acteurs extérieurs au processus, qui agissent de leur propre initiative ou en lien avec un processus officiel. Cette partie met l'accent sur le rôle de la société civile et des médias dans des activités telles que le démarrage du processus, les élections, l'éducation civique, la consultation publique, la formulation d'observations, la recherche, le lobbying et le suivi du processus. Elle aborde également les pièges les plus courants dans le processus d'élaboration d'une constitution lorsque la communauté internationale a joué un rôle de premier plan, que ce soit à titre officiel ou officieux. Elle se conclut sur un constat de manque d'orientations dans ce domaine à l'usage des acteurs internationaux de l'appui en matière constitutionnelle et sur quelques brefs conseils pratiques pour améliorer l'intervention de la communauté internationale dans ces situations.

Une série d'annexes propose des études de cas, un glossaire de termes selon l'utilisation particulière qui en est faite dans ce manuel, des exemples de codes de conduite, des références et une bibliographie de lectures recommandées. L'annexe A présente au lecteur une série d'exemples de processus d'élaboration de constitutions. De brèves études de cas sont également incluses pour éclairer le lecteur sur un certain nombre de volets. Bien que le corps du texte présente moult exemples de tâches, institutions, dispositifs et dilemmes, nous sommes conscients que ces informations ne sont pas structurées de façon à donner au lecteur une idée ou un aperçu sans équivoque de la façon dont les institutions, les procédés et les tâches œuvrent en symbiose pour former un processus. Les études de cas sont là pour illustrer la façon dont ces différents éléments se complètent pour former un processus dans des situations réelles.

Tableau 1 : Pays/régions abordés dans le manuel

Afghanistan	(voir l'étude de cas à l'annexe A.1)	Madagascar	
Afrique du Sud		Malaisie	
Albanie		Malawi	
Angola		Maldives	
Arabie Saoudite		Mali	
Australie		Maurice	
Autriche		Mauritanie	
Bangladesh		Monténégro	
Belgique		Mozambique	
Bénin	(voir l'étude de cas à l'annexe A.2)	Myanmar (ex-Birmanie)	
Bolivie	(voir l'étude de cas à l'annexe A.3)	Namibie	
Bosnie-Herzégovine	(voir l'étude de cas à l'annexe A.4)	Nauru	
Bougainville	(voir l'étude de cas à l'annexe A.9)	Népal	(voir l'étude de cas à l'annexe A.8)
Brésil		Nicaragua	
Bulgarie		Niger	
Burkina Faso		Nigeria	
Burundi		Norvège	
Cachemire		Nouvelle-Calédonie	
Cambodge		Nouvelle-Zélande	
Cameroun		Ouganda	(voir l'étude de cas à l'annexe A.12)
Canada		Pakistan	
Chili		Papouasie-Nouvelle-Guinée	(voir l'étude de cas à l'annexe A.9)
Chypre		Pérou	
Colombie		Philippines	
Corée du Sud		Pologne	(voir l'étude de cas à l'annexe A.10)
Croatie		Portugal	
Égypte		Puntland (Somalie)	
Équateur		Qatar	
Érythrée		République centrafricaine	
Espagne		République démocratique du Congo	
États-Unis		République du Congo	
Éthiopie		Royaume-Uni	
Fidji		Russie	
Finlande		Rwanda	
France		Saint-Kitts-Et-Nevis	
Gabon		Salvador	
Géorgie		Samoa américaines	
Ghana		Sao Tomé-et-Principe	
Grande-Bretagne		Serbie	
Grèce		Sierra Leone	
Guatemala		Somalie	
Haïti		Soudan	
Hongrie		Soudan du Sud	
Iles Salomon		Sri Lanka	
Inde	(voir l'étude de cas à l'annexe A.5)	Suède	
Indonésie		Suisse	
Irak	(voir l'étude de cas à l'annexe A.6)	Tanzanie	
Irlande		Tchad	
Iran		Tchécoslovaquie	
Irlande du Nord		Thaïlande	
Islande		Timor-Leste (anciennement Timor oriental) (voir l'étude de cas à l'annexe A.11)	
Israël		Togo	
Italie		URSS	
Japon		Vanuatu	
Jordanie		Venezuela	
Kenya	(voir l'étude de cas à l'annexe A.7)	Zambie	
Kirghizistan		Zimbabwe	
Kosovo			
Koweït			
Lituanie			

Chaque étude de cas donne un aperçu des raisons pour lesquelles une nouvelle constitution a été préparée, le temps que cela a pris, les institutions et les processus (y compris les référendums) associés, si ces derniers furent globalement participatifs ou non, le degré de participation internationale, et si le processus a abouti ou non à une constitution qui a été adoptée. Les cas ont été choisis de façon à respecter un équilibre géographique, et à illustrer la diversité des objectifs constitutionnels, des situations, des tâches, des institutions, de la participation de groupes externes et des résultats obtenus. Dans l'annexe D, le lecteur trouvera des références à d'autres ouvrages, en particulier à des études de cas offrant une analyse plus approfondie de certains processus précis.

Certains pays cités à titre d'exemple dans le corps du manuel pour illustrer un point donné renvoient à des études de cas présentées en annexe A. En se reportant à l'étude de cas d'où l'exemple a été tiré, le lecteur sera en mesure de mieux cerner la structure globale du processus dans ce pays.

Nous avons voulu conférer à ce manuel une structure suffisamment souple pour qu'il puisse être exploité en fonction des besoins du lecteur. Certaines personnes voudront le lire du début à la fin. D'autres s'intéresseront davantage à certains aspects, ou se concentreront sur certaines parties, à mesure qu'elles acquièrent une importance particulière à leur yeux. Bien que nous ayons tenté de faire en sorte que chaque partie soit la plus autonome possible, nous recommandons au lecteur de commencer par la première partie. En effet, cette partie est essentielle pour bien appréhender les principaux aspects et enjeux développés ensuite dans le reste du manuel.

Cet ouvrage ne pouvant être structuré en étapes bien ordonnées, nous avons inclus de nombreuses références croisées. Ces renvois aideront le lecteur à naviguer aisément entre des parties du manuel liées entre elles, mais éloignées l'une de l'autre dans le texte. À titre d'exemple, la partie traitant des tâches liées à la gestion d'un processus (dans la partie 1) renverra à l'étude des organes chargés de gérer les processus (dans la partie 3) ; de même, la discussion sur les référendums renverra à la partie sur les tâches liées à l'adoption d'une constitution et à celle qui traite des sujets de discorde (qui figurent dans la partie 2). Les références renvoient également aux études de cas de l'annexe A et à de la documentation figurant dans d'autres annexes, ce qui inclut des exemples de codes de conduite et un glossaire des termes utilisés par les rédacteurs de constitution et ceux qui rédigent des ouvrages sur ces derniers.

Dans l'ensemble du texte, la mention d'une année entre crochets après le nom d'un pays (par exemple, « Afghanistan [2004] ») indique l'année où un processus constitutionnel donné a pris fin, pour autant que ledit processus ait abouti à l'adoption d'une constitution ou à un ensemble de réformes proposées. Lorsque l'expression « [processus en cours] » apparaît après le nom d'un pays, cela indique que le processus est toujours en cours dans ce pays au moment de la rédaction (mi-2011).

Le tableau 1 présente les contextes nationaux mentionnés dans le manuel et note ceux qui font l'objet d'une étude de cas correspondante dans les annexes.

Remerciements

Des dizaines d'experts et de praticiens ont contribué pendant quatre ans à l'élaboration de ce manuel, en participant à des réunions internationales et des ateliers organisés par Interpeace sur les questions constitutionnelles. Certains des rapports de ces discussions (et les noms de ceux qui y ont pris part) sont disponibles à l'adresse www.constitutionmakingforpeace.org. Des dizaines d'autres personnes ont été interrogées sur des sujets précis dans le cadre des recherches pour ce manuel.

Ce groupe, caractérisé par un équilibre hommes-femmes, était composé de personnes issues de toutes les régions du monde (bien que principalement de l'hémisphère sud) représentant, en terme de points de vue, une somme d'expérience fort diverse en matière de processus d'élaboration de constitution : on comptait en effet parmi eux des conseillers, des responsables d'organes administratifs ou constituants, des membres de partis politiques, ou des membres de la société civile. Ils étaient originaires ou avaient travaillé dans des pays aussi divers que l'Afghanistan, le Bénin, la Bolivie, Bougainville, le Cambodge, la Colombie, la République démocratique du Congo, Timor-Leste, le Salvador, l'Érythrée, les Fidji, la Géorgie, la Hongrie, l'Irak, le Kenya, Nauru, le Népal, Puntland, les Îles Salomon, la Somalie, l'Afrique du Sud, la Thaïlande ou encore l'Ouganda. Nous leur sommes très reconnaissants pour leur contribution.

Bien que l'objectif de ce manuel soit davantage pratique que scientifique, nous tenons à mentionner la reconnaissance profonde que nous avons à l'égard d'un certain nombre de chercheurs dont les études ont constitué une précieuse base d'information pour cet ouvrage. On trouvera à l'annexe D les références des ouvrages que nous avons cités dans le texte. Nous sommes reconnaissants à Nicholas Haysom et au Professeur Jennifer Widner pour leurs précieux commentaires sur une première ébauche du manuel.

Quelques nouveaux principes directeurs

Les grands principes d'élaboration « participative » de la constitution peuvent se résumer comme suit : participation, inclusion (y compris égalité et parité entre les sexes), représentation des citoyens, transparence et appropriation nationale.

La participation citoyenne

Il est indubitable que les élites politiques jouent un rôle majeur dans la prise de décisions sur la façon de structurer un nouvel État. Cependant, il existe désormais une tendance bien établie consistant à intégrer au processus des mécanismes de participation à large assise afin d'éviter que la constitution ne se borne, en fin de compte, qu'à répartir le butin entre factions concurrentes, et afin que cette nouvelle constitution ait davantage de chance de jouir d'une grande légitimité populaire. De nos jours, les formes de participation citoyenne vont au-delà du vote pour des représentants constitutionnels ou un référendum. Elles englobent plutôt l'éducation civique et les campagnes dans les médias, la consultation publique (sur les

modalités du processus et sur le contenu de la constitution), le dialogue national, et d'autres moyens novateurs. Nous passerons en revue tout au long de ce manuel les différentes options permettant de renforcer le caractère véritablement participatif de ce processus, tout en décrivant également les risques potentiels qui y sont associés et la façon de minimiser ces risques (voir, en particulier, la partie 2.2).

Inclusion (y compris égalité et parité entre les sexes) et représentation

Un processus inclusif tentera d'associer toutes les principales parties prenantes aux négociations de la constitution (voir encadré 9). Des efforts particuliers seront déployés afin de toucher les franges les plus marginalisées de la société, telles que les personnes handicapées, les femmes, les jeunes, les populations autochtones, et les plus pauvres d'entre les pauvres. Ce manuel explique comment concevoir un processus inclusif à tous les stades. Certains processus constitutionnels récents ont délibérément pris des dispositions spéciales visant à garantir un quota minimum de 25 pour cent de représentation féminine au sein des organes constituants, et pour que les femmes puissent prendre une part plus active dans chacune des phases du processus (par exemple, en Afghanistan [2004]). Nous donnons tout au long du manuel des exemples expliquant comment associer plus activement les femmes à ce processus, y compris dans les règlements intérieurs des institutions, lors des cours d'éducation civique et des consultations publiques, en tant que membres du personnel ou dirigeants d'un organisme de gestion administrative, et dans les activités menées par la société civile, telles que le lobbying et le suivi des rédacteurs de la constitution. Des conseils sur la promotion de l'équité entre les sexes sont distillés dans toutes les parties pertinentes du texte, au lieu d'être concentrés dans une partie spécialement dédiée aux problématiques de la parité.

Transparence

Contrairement au processus dirigé par les élites qui avait coutume de se dérouler dans une salle de conférence à huis clos, comme c'était la règle jusqu'aux années 1970, un processus transparent permet la participation des citoyens, des médias et de la société civile. D'une part, cela permet de les tenir informés du déroulement du processus, des modes de nomination et d'élection de leurs représentants, du processus d'adoption et de leur rôle dans le processus, et d'autre part, de leur donner un retour d'information sur les résultats des consultations publiques. La transparence implique également de donner accès aux médias aux moments opportuns. Tout au long de ce manuel nous indiquerons lorsque la transparence est un atout et lorsque, au contraire, un processus plus ouvert peut devenir périlleux.

Appropriation par les acteurs nationaux

Il convient d'apporter des solutions endogènes aux conflits et aux divisions d'un pays, pour donner une chance à une paix durable de s'instaurer. Dans des situations où les professionnels qualifiés ou expérimentés ou encore les acteurs politiques ont fui le pays, il est

indispensable de consacrer l'espace, le temps et les ressources nécessaires pour développer les compétences des acteurs nationaux inexpérimentés afin qu'ils puissent gérer et mettre en œuvre le processus de manière efficace. Nous décrivons dans plusieurs parties de ce manuel les moyens à la disposition des acteurs nationaux pour gérer les intervenants internationaux ou établir des liens avec ces derniers, en particulier la communauté internationale, afin de contrer l'influence de certains intérêts étrangers ou incompatibles avec les objectifs nationaux fixés pour le processus. L'ensemble du manuel accorde également une place de choix à la promotion d'une large appropriation du processus par les citoyens au niveau national, grâce à des mécanismes participatifs tels que l'éducation civique, les consultations publiques, etc.

Effets du respect des principes directeurs

Concevoir un processus d'élaboration de la constitution fondé sur de tels principes entraînera sans nul doute une pluie d'effets bénéfiques, et permettra notamment de :

- Fournir un cadre au sein duquel les groupes antagonistes peuvent œuvrer à atteindre un consensus pour s'attaquer aux causes de conflit et mettre en place un cadre de gouvernance porteur d'une paix durable ;
- Peser sur le contenu de la constitution en prenant en compte les préoccupations et les droits des minorités ;
- Faire connaître aux rédacteurs de la constitution les aspirations du peuple ;
- Créer un espace politique permettant l'émergence de nouveaux acteurs et le renforcement des acteurs de la société civile ;
- Renforcer la confiance entre les communautés et les dirigeants à travers le dialogue ;
- Former les citoyens au constitutionnalisme ;
- Accroître l'appropriation de la constitution qui en résulte par les citoyens ;
- Poser les fondations d'un gouvernement démocratique et participatif et d'une culture de respect de l'État de droit ;
- Renforcer la disponibilité des citoyens à défendre la constitution et à concrétiser sa mise en œuvre ;
- Contribuer à la prévention de tous conflits futurs et à la transformation de la société en encourageant la résolution des conflits par des moyens constitutionnels.

Si les études n'ont pas encore apporté la preuve irréfutable des effets bénéfiques exposés ci-dessus, on peut néanmoins se douter que concevoir des processus autour de ces principes aura certainement un impact positif. En revanche, il n'existe pas de remède universel applicable à tous les processus constitutionnels pour parvenir à ces résultats. Ces processus sont hautement politiques et chaque contexte aura des défis et des opportunités qui lui sont propres.

Les processus inclusifs, participatifs, transparents et dont les acteurs nationaux se sont engagés à en assurer la responsabilité sont généralement très longs à réaliser. Dans les processus d'élaboration des constitutions en Ouganda [1995], en Afrique du Sud [1996], et à Bougainville en Papouasie-Nouvelle-Guinée [2004], il a fallu des années aux acteurs

nationaux pour délibérer sur leur nouvel ordre constitutionnel en raison des mesures spéciales qu'ils avaient adoptées pour favoriser une plus grande participation de tous, la transparence et l'inclusion à chaque étape du processus. Ils ont mené ce processus en recevant très peu d'orientations de la communauté internationale (même si l'Ouganda et Bougainville ont bénéficié d'un soutien international sous forme de financement, et de mise à disposition restreinte de conseillers).

Dans chacun de ces cas, les pays ont saisi l'occasion du processus d'élaboration de la constitution pour promouvoir l'identité et l'appropriation nationales grâce à la participation directe des citoyens, à des campagnes d'éducation civique, au dialogue, à la réconciliation et à la résolution des conflits entre communautés opposées, à des consultations publiques sur les options constitutionnelles, et à la recherche d'un consensus entre toutes les parties prenantes. Les dirigeants de ces processus, dont les acteurs nationaux se sont engagés à assumer la responsabilité, ont rapidement compris l'intérêt de se concentrer sur le processus et non pas uniquement sur le contenu de la constitution. Ceci est à opposer aux processus fortement encadrés par la communauté internationale à qui l'on impose des délais très courts, et qui ont conduit à l'exclusion de la société civile et du grand public (voir partie 4.2).

S'il est vrai que ces principes directeurs reviennent à plusieurs endroits de ce manuel, nous ne professons pas que leur application universelle constitue la clé du succès. Dans certaines circonstances, il sera peut-être nécessaire de mettre en œuvre un processus qui n'épouse pas pleinement ces principes. S'accommoder des élites peut être nécessaire à certaines étapes. Par exemple, les processus qui conduisent à des constitutions de transition, et ceux qui sont mis en œuvre dans un cadre de forte instabilité, peuvent exiger que les parties au conflit négocient un changement constitutionnel pour atténuer les conflits en l'absence de moyens totalement transparents et participatifs (par exemple, les négociations pour apporter des modifications à la constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée qui ont débouché sur l'Accord de paix de Bougainville de 2001).

Lors d'un conflit violent, il se peut que les rédacteurs de la constitution soient amenés à restreindre la participation citoyenne car l'insécurité empêche toute consultation publique ou simplement celle des groupes clés. La participation populaire peut être difficile à gérer ; c'est un outil qui n'associe pas automatiquement tous les groupes sociaux et qui peut être manipulé par des intérêts politiques fortement ancrés, ce qui contribue parfois à alimenter la division et l'incertitude. Il est pratiquement impossible de parvenir à une véritable participation de tous, et les mesures déployées pour y parvenir peuvent muer l'ensemble de l'exercice en processus lourd et ingérable. Poussée trop loin, elle s'ajoute aux difficultés qu'ont les décideurs à prendre des décisions équilibrées et éclairées. Si la transparence est certes un objectif louable, elle peut faire échouer tout le processus si les parties délibérantes sont obligées de tenter de parvenir à des compromis constitutionnels sous le regard des citoyens.

L'expérience montre que ces principes doivent être appliqués à bon escient, de manière à minimiser les risques et à contribuer à une paix durable en prenant en considération les

circonstances propres à chaque cas. Ce manuel fournit des directives sur l'application de ces principes, mais en faisant toujours référence aux réalités politiques et sociales auxquelles sont confrontés les rédacteurs de constitution.

Partie 1 : Introduction aux processus d'élaboration de constitutions

1.1 Rôle d'une constitution

Il est essentiel de comprendre le rôle d'une constitution avant de définir le processus qui en détermine l'élaboration. Loin de s'en tenir uniquement à la rédaction, ce processus vise également à susciter ou à créer un environnement propice, à enrichir les connaissances et à faciliter la participation citoyenne. Ces éléments favorisent l'élaboration d'une bonne constitution et les chances de la voir mise en œuvre. Il importe donc d'évoquer brièvement l'importance et le rôle de la constitution.

1.1.1 Prolifération des constitutions

Au cours de ces trois à quatre dernières décennies, les constitutions et leur élaboration ont suscité beaucoup de préoccupations. L'ordre mondial a considérablement évolué durant cette période ; la fin du colonialisme et l'avènement de nouveaux États, la fin des régimes militaires, l'effondrement du communisme et les actions menées en vue de mettre fin aux conflits civils, en particulier au sein des États multi-ethniques, sont autant de facteurs qui ont contribué à la naissance des constitutions. La diversité des contextes dans lesquels elles ont été élaborées démontre à quel point la finalité première d'une constitution peut varier : construction de la nation avec l'émergence d'un nouvel État, consolidation de la démocratie avec le retour des militaires dans les casernes ou le renversement de présidents autocrates, libéralisme et création de marchés privés avec la fin du communisme, paix et coopération entre les communautés pour mettre fin aux conflits internes, etc. Ces objectifs déterminent l'orientation de la constitution, et souvent son processus d'élaboration.

Les constitutions dépendent parfois du contexte qui prévaut dans un pays. En effet, la conception, la compréhension et, par conséquent, le respect de la constitution sont liés à l'histoire du pays, et à la mesure dans laquelle la confiance dans la loi et son respect constituent un mode d'organisation de la société et de l'État. Par conséquent, les termes « constitution » et « constitutionalisme » n'ont pas toujours eu le même sens ou le même impact dans tous les pays.

1.1.2 Importance des constitutions mais difficultés à les mettre en œuvre

Il n'est pas difficile d'instaurer une nouvelle constitution dès lors que le pays est attaché aux principes de l'État de droit et qu'il dispose des infrastructures nécessaires à son application. Toutefois, d'autres autorités socio-politiques peuvent rivaliser avec cette dernière, notamment dans le cas de familles politiques charismatiques ou d'une tradition de « l'homme fort », où l'autorité suprême est aux mains de chefs religieux ou coutumiers, ou encore lorsque la société est fortement régie par certaines normes, institutions et hiérarchies sociales. Dans une société très homogène, où les valeurs et les aspirations sont partagées et où les citoyens font partie depuis longtemps du même État, réformer la constitution est relativement aisé, sans être particulièrement essentiel (réforme du système de gouvernement de la Finlande en 2000, par exemple). Ce type de pays pourrait se passer de constitution, ou tout au moins d'une constitution formelle (comme c'est, ou du moins comme ce fut le cas jusqu'à une période récente pour la Grande-Bretagne et la Nouvelle-Zélande). Un État qui compte plusieurs communautés avec des langues, des religions et des modes d'organisation sociale différents, n'a pas la même possibilité de s'appuyer sur des valeurs et des institutions sociales communes pour régir la société. Il sera donc plutôt amené à se reposer en partie sur les valeurs, les aspirations, les règles, les institutions et les procédures consacrées dans la constitution, ce qui n'est pas facile non plus car les anciennes habitudes et loyautés perdurent tout en acquérant un nouveau poids politique.

Parfois les dispositions de la constitution qui visent à protéger les droits des citoyens, à promouvoir les valeurs constitutionnelles d'égalité et de justice sociale, et à assurer l'intégrité et la responsabilité du gouvernement restent lettres mortes. Ceci s'explique entre autres par le fait que dans bon nombre de pays en développement (mais aussi dans certains pays développés) l'État est le principal moyen pour les ministres, les bureaucrates et d'autres qui ont accès à ses leviers, d'accumuler des richesses, d'offrir des postes et des marchés publics à des parents et des amis, et de se soustraire au respect de la légalité (grâce à l'impunité, à la corruption ou à l'intimidation du pouvoir judiciaire). Même lorsque de nouvelles institutions chargées de promouvoir la responsabilité des organismes étatiques, de lutter contre la corruption ou de protéger les droits des citoyens sont créées (comme c'est le cas dans beaucoup de constitutions), elles sont corrompues ou rendues inefficaces par des ministres, des bureaucrates ou autres magnats.

Il est particulièrement difficile de mettre en œuvre des constitutions rédigées dans des situations de conflit ou postérieures au conflit. Elles sont élaborées sous forte pression, voire même sous la contrainte de puissants États occidentaux, et supposent la démilitarisation, la création d'institutions consensuelles et la mise en place de processus étatiques ordonnés, ainsi que la fin de la violence. Mais il est rare que les antagonismes et les forces armées qui ont déclenché le conflit prennent fin, ou que les cessez-le feu durent très longtemps. Le présent manuel s'intéressera plus particulièrement à l'élaboration de constitutions en situation de conflit.

1.1.3 Les constitutions en tant que symboles, manifestes politiques, et règles juridiques

Les constitutions ont un caractère multidimensionnel. Feu Professeur Kenneth Wheare, une sommité en matière de constitution, fait une distinction entre ceux qui considèrent la constitution comme un texte fondamentalement et exclusivement juridique, et qui, par conséquent, ne doit contenir que des règles de droit et pratiquement rien d'autre, et ceux qui la considèrent comme une sorte de manifeste, une profession de foi, une déclaration d'idéaux ou encore une « charte de la patrie » (Wheare, 1996). Depuis qu'il a fait valoir cette opinion, le débat sur la véritable fonction des constitutions n'a fait que s'intensifier.

1.1.4 La constitution en tant que contrat entre les citoyens ou les peuples

Fondamentalement, la constitution constitue le socle sur lequel est organisé l'État. L'État est le mécanisme par lequel toute société définit les institutions qui doivent exercer le pouvoir politique, administratif et judiciaire afin d'assurer l'ordre public, la protection des droits ainsi que la promotion et la réglementation de l'économie. Étant donné que la notion de souveraineté du peuple a supplanté les autres convictions sur la source de l'autorité suprême, la constitution a fini par être considérée comme un contrat conclu avec le peuple pour définir la manière dont il doit être gouverné. Dans la plupart des cas, ceci n'est qu'illusion car le peuple a peu de chances d'avoir pu participer, ou à plus forte raison, d'avoir pu influencer les décisions sur l'élaboration de la nouvelle constitution. Toutefois, du fait de la notion de souveraineté du peuple et de son droit fondamental à la participation aux affaires publiques, il existe une tendance, et même un besoin fondamental de promouvoir la participation du peuple à l'élaboration de la constitution (ce qui a dans une certaine mesure inspiré le présent manuel).

L'idée d'une constitution en tant que contrat social est née d'une récente évolution – il ne s'agit pas d'un contrat entre les peuples auquel appartient chaque individu, mais d'un contrat social entre des communautés plurielles réunies au sein d'un État, souvent relativement jeune, où les liens entre les communautés sont rares et ténus. Ces communautés décident des bases de leur coexistence qui sont alors consacrées dans la constitution, en tenant compte des relations de l'État avec les citoyens, de l'État avec les communautés, et des relations entre les communautés. Dans de telles situations, les constitutions prévoient parfois des « partenariats » entre communautés au sein du gouvernement ainsi que d'autres formes de partage du pouvoir.

1.1.5 Orientation des nouvelles constitutions

De ce fait, et en raison aussi de l'évolution de la conception et des attentes autour des fonctions de l'État - à savoir, le bien-être social, des politiques garantissant une société équitable,

la promotion des droits et non pas uniquement leur défense, une administration intègre et un environnement durable - la constitution contemporaine va au-delà de l'ancienne, qui elle, donnait la primeur aux structures et aux pouvoirs de l'État (et où les modes d'élection des législateurs ou du gouvernement étaient tacites au lieu d'être clairement stipulés). Cette constitution ne mentionnait pas les politiques de l'État, laissant le soin au processus politique de les formuler dans le cadre de la constitution. Avec l'avènement des classes moyennes au cours du dix-neuvième siècle, certains droits civils (dont la propriété) ont été intégrés dans le cadre politique et législatif, mais pendant longtemps il n'y a eu aucune véritable limite aux pouvoirs de l'État.

Avec l'accroissement des fonctions, des pouvoirs et des obligations de l'État, la constitution a commencé à s'imposer au sein de la société, afin d'essayer de la modeler, d'aider les citoyens ou les communautés défavorisées, de s'occuper de l'éducation, de la santé, de l'économie et d'autres problématiques qui ont une forte incidence sur la société. L'Inde a été l'un des premiers pays à considérer la constitution comme un outil de transformation des relations sociales, politiques et économiques, et cela a suscité des critiques pour deux raisons. Certains estiment que la fonction intrinsèque de la constitution consiste à définir les institutions étatiques et à en délimiter les fonctions. Selon eux, l'incapacité à réaliser la plupart des valeurs et aspirations inscrites dans la constitution discrédite la constitution et lui ôte toute légitimité. Il s'agit là d'une conviction – souvent fondée sur l'idéologie de son auteur – qu'il est difficile d'évaluer.

Dans nombre de pays où sévit une grande pauvreté, une constitution qui ne traduit aucune volonté d'éradiquer ce fléau et de veiller à la justice sociale aura peu de légitimité aux yeux des masses. Une constitution visant à transformer la société est également porteuse d'autres risques, en ce qu'elle suscite beaucoup d'attentes qui, déçues, peuvent conduire à une perte de légitimité. Une constitution qui cherche à transformer les relations sociales et économiques, sera presque certainement rejetée par les privilégiés et les nantis, qui sont généralement assez puissants et habiles pour la saper.

1.1.6 Choix des rédacteurs de constitution

D'autres questions constituent de sérieux dilemmes pour les rédacteurs de constitution : Quel poids donner aux pluralités ethniques ? Quel est le bon équilibre entre les identités nationales, tribales, religieuses, linguistiques ? Est-il moralement approprié de faire reposer toutes les décisions sur le vote à la majorité qualifiée ? Quel est le juste équilibre entre les principes et les détails des politiques ? Certains principes doivent-ils être absolument affirmés dans la constitution ? Existe-t-il des questions de politique qui relèvent si clairement de la compétence du gouvernement qu'elles ne devraient jamais être intégrées à la constitution (et quelles sont-elles le cas échéant) ? Les mêmes interrogations peuvent être soulevées à propos des institutions, surtout avec la tendance actuelle à la création d'institutions indépendantes. Celles-ci inhibent-elles l'État et compromettent-elles les processus politiques légitimes ? Dans tous ces cas de figure, la constitution devient-elle

trop rigide et incapable d'apporter des solutions à des problèmes imprévus ? Les longues constitutions, comme le sont beaucoup des plus récentes, constituent-elles un problème ? Et quels sont les critères de réussite d'une constitution que les rédacteurs doivent appliquer ? La longévité en fait-elle partie ? Si oui, pourquoi ? Est-ce que chaque génération (le « peuple » pour le moment) ne devrait pas décider de son propre système de gouvernance ?

Dans son évaluation de plusieurs de ces questions, Giovanni Sartori, politologue de renom, arrive à la conclusion suivante : « La plupart des constitutions récentes sont de mauvais instruments de gouvernement » (Sartori, 1997 : 197). Cette conclusion est en porte-à-faux avec celle d'autres commentateurs, qui estiment que dans le monde contemporain, la constitution peut avoir plusieurs fonctions et qu'elle doit assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires. Il appartient aux auteurs de constitution d'en définir l'orientation et la portée. Pour les besoins de ce manuel, il nous faut comprendre l'impact des différentes méthodes de rédaction sur l'orientation et la portée des constitutions, et en particulier les conséquences de la participation de tous au processus. Cette question sera débattue de manière exhaustive.

1.1.7 Constitutionnaliser les responsabilités et les obligations

Cette partie revient sur une dimension juridique clé de la constitution. La constitution n'est pas seulement une loi, c'est la loi suprême. Cela veut dire qu'aucune loi ou politique non conforme à la constitution n'est valide – et le contrat social est ainsi sauvegardé, tant dans sa symbolique que dans ses éléments de fond. La constitution s'impose à tous les citoyens et à leurs institutions et pas uniquement aux organes de l'État. L'expérience a montré que ses objectifs et ses impératifs ne sont guère aisés à réaliser. Il est difficile d'établir l'État de droit en vertu duquel doit s'exercer le pouvoir de l'État afin de réaliser les objectifs pour lesquels ce pouvoir lui a été conféré, ou en conformité avec les procédures prescrites par la constitution. C'est justement parce que cela n'est pas facile, surtout dans des sociétés ou d'autres sources de pouvoir (coutumier et religieux, par exemple) sont souvent en porte-à-faux avec ceux de la constitution, que ceux qui élaborent la constitution doivent veiller tout particulièrement aux règles relatives à sa mise en œuvre et à son application.

1.2 Questions relatives au processus

Dans cette partie, un aperçu des questions qui doivent être prises en considération dans la conception du processus d'élaboration d'une constitution est donné.

1.2.1 Évolution des idées et des usages dans l'élaboration des constitutions

Les processus d'élaboration des constitutions ont évolué au fil du temps. Il fut une époque où le monarque avait la prérogative de décider de la constitution qu'il remettait ensuite au peuple. Les réminiscences de cette pratique se retrouvent dans des constitutions élaborées pas

plus tard qu'au vingtième siècle (en Éthiopie, en Jordanie, au Koweït, au Népal et en Arabie Saoudite, par exemple). Beaucoup de constitutions ont été imposées à des peuples vaincus ou colonisés (par exemple, dans les systèmes des empires occidentaux ; la constitution de MacArthur au Japon après la Deuxième Guerre mondiale, dans une moindre mesure dans l'Allemagne d'après-guerre et dans les colonies au moment de l'indépendance). Au début puis au milieu du vingtième siècle, les processus démocratiques d'élaboration de constitutions devinrent la norme avec un parlement ou une assemblée constituante qui en assumait la principale responsabilité (bien que bon nombre de constitutions furent préparées sans la participation des citoyens). Depuis le dernier quart de ce siècle, la priorité a été donnée à une participation active du peuple au processus – à travers des individus, des organisations sociales ou des communautés – comme ce fut le cas dans des pays aussi divers que la Bolivie, le Kenya, la Papouasie–Nouvelle-Guinée, la Thaïlande et l'Ouganda. Ce changement a été considérablement facilité par l'élargissement du concept de droits démocratiques des peuples, ce qui inclut la participation de tous, telle que prévue par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et en particulier le droit à l'autodétermination.

Dans le contexte des divers objectifs qu'une constitution contemporaine est appelée à réaliser, la participation de tous se traduit par un processus complexe et souvent long. Autrefois, les experts en droit constitutionnel et en sciences politiques jouaient un rôle essentiel dans le processus, sous la houlette de l'exécutif. Aujourd'hui, l'éventail des participants au processus d'élaboration de constitutions s'est considérablement élargi, de manière proportionnelle aux nombreuses questions que les constitutions doivent aborder. Une grande attention est donc accordée à la conception de ce processus et aux principes fondamentaux qui doivent déterminer le fond d'une constitution. Ladite conception relève souvent de négociations nationales (qui peuvent être longues), parfois déterminées ou influencées par la communauté internationale (notamment dans les cas de profond conflit interne comme en Afghanistan, au Cambodge, au Kenya, au Kosovo, en Namibie et au Zimbabwe).

1.2.2 Peut-on concevoir le processus constitutionnel ?

La notion de conception d'un processus indique une grande rationalité, reposant sur une bonne appréhension des conséquences des divers dispositifs éventuels. Au cours de ces dernières années, les chercheurs se sont employés à se prononcer sur un certain nombre de questions, par exemple : qui d'un parlement ou d'une assemblée constituante est plus apte à élaborer la constitution ? Faut-il garantir la transparence ou un minimum de confidentialité pour dégager un consensus ? Faut-il fixer ou non une échéance pour achever les différentes étapes du processus, et surtout quelles seraient les conséquences d'une forte participation populaire ? Les recherches ne sont pas suffisamment avancées pour permettre de faire des prévisions en toute certitude, même si les études de cas réalisées commencent à constituer une base pour se prononcer sur la notion de conception.

Une autre difficulté réside dans le fait que même si les connaissances existent pour concevoir le processus, l'élaboration d'une constitution est hautement politique, et s'accompagne

d'énormes enjeux pour de nombreux groupes, en particulier pour la classe politique. Les processus d'élaboration d'une constitution ne constituent pas un produit bien structuré mais sont plutôt le fruit de négociations. Souvent, il y a peu de possibilités de contrôler les acteurs politiques qui cherchent à dominer le processus. Au Kenya, on a constaté une grande convergence autour de la conception d'un processus qui a débuté à la fin de l'an 2000 dans lequel les experts ont joué un rôle clé, et auquel ont fortement participé les populations. Toutefois, au fur et à mesure qu'apparaissaient clairement toutes les implications de fond de l'élaboration de la constitution (et peut-être aussi parce que les populations prirent de plus en plus conscience de leur pouvoir), la classe politique tenta d'exclure les autres groupes de la prise de décision et cette belle convergence vola en éclat. Au milieu de l'année 2004, les politiciens ont pris les rênes du processus et à partir de 2008, ce dernier fut fermement placé sous le contrôle de la classe politique.

D'autre part, plusieurs éléments peuvent compromettre le projet initial. En effet, le processus peut finir par acquérir une dynamique propre, la participation populaire peut entraîner un élargissement du programme de réforme - étant donné que les groupes jusque-là exclus veulent être représentés - et des éléments perturbateurs peuvent apparaître de façon impromptue. Il peut aussi y avoir un boycott sélectif du processus par un groupe d'intérêt (ou même, comme en Irak et en Somalie, l'intimidation de ceux qui participent au processus). Une partie importante du processus consistera en des négociations à différents niveaux et à diverses étapes dont les résultats ne peuvent être prédits. La survie du processus peut dépendre de la capacité à prendre en compte toutes ces forces ou à répondre de manière constructive à de nouvelles demandes. Avoir conscience de la dynamique du processus est un atout de taille.

Dans la conception du processus, on privilégie souvent ce que l'on appelle le processus « officiel » : des institutions créées ou utilisées pour les délibérations et les décisions, des circonscriptions et groupes d'intérêts formellement représentés, des règles relatives à la prise de décision, etc. Cependant, tout cela ne traduit pas toute la gamme ou la complexité des activités, y compris les pressions et les intrigues qui se déroulent en dehors du processus formel. Les organisations nationales ou étrangères de la société civile peuvent conduire un processus parallèle ou aborder uniquement certains de ses aspects (éducation civique ou mobilisation des communautés marginalisées – voir partie 4.1). La communauté internationale peut jouer un rôle essentiel mais improvisé. Il peut également y avoir un processus « officiel » parallèle ou souterrain, avec diverses négociations entre les parties (et d'autres) qui auront une forte influence sur les résultats (citons, par exemple, la constitution du Japon d'après-Deuxième Guerre mondiale, les pressions informelles et parfois clandestines des États-Unis sur l'Afghanistan et l'Irak). Le processus officiel ne peut pas (et peut être qu'il ne devrait pas), essayer d'englober tous ces groupes et activités. Toutefois, certains d'entre eux ont la capacité de nuire ou d'ôter toute légitimité aux principes, aux procédures et aux objectifs fondamentaux du processus formel, ce qui révèle les limites de la souveraineté nationale pour sauvegarder le processus.

1.3 Principaux volets et enjeux du processus d'élaboration d'une constitution

1.3.1 Importance de la conception du processus

La conception du processus comporte un certain nombre de volets. Nous allons nous appuyer sur la méthode appliquée pour élaborer et promulguer une constitution, ce qui inclut les principaux acteurs, les formes de représentation et le mode de promulgation. On pourra également inclure les mécanismes de transition qui seront mis en place jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, les objectifs et principes qui déterminent le contenu de la constitution, les différentes étapes du processus, sa gestion et son financement. L'exercice de conception sert également de feuille de route ou de calendrier, afin de définir l'ordre d'exécution et les échéances fixées pour les activités et les décisions conduisant à l'adoption de la constitution. Sa portée exacte varie d'un scénario à l'autre : elle peut être minimale (comme au Cambodge [1993]) ou assez détaillée (comme en Ouganda [1995] et au Kenya [2005]).

La conception peut se présenter sous différentes formes. Généralement, elle s'appuie sur un accord entre les acteurs clés (principalement des partis politiques), une législation (de façon indépendante ou dans le cadre d'une constitution provisoire), ou un accord ou traité international (auquel cas elle fera certainement partie de dispositifs complexes, notamment un cessez-le-feu et le rétablissement de la paix). Plus le consensus autour du processus est large, plus il y a de chances de réussite (bien que, comme indiqué précédemment, il acquiert aussi sa propre dynamique susceptible de remettre en question certains aspects).

Les processus d'élaboration de constitutions ont été conçus de différentes manières. Pendant la décolonisation, c'est l'ancien pouvoir colonial qui a mis en place le processus constitutionnel. Un processus très sophistiqué, tant du point de vue des procédures que du fond, fut imposé à l'Inde (1950), ou du moins à l'élaboration de la constitution de son indépendance – ce que le India Congress Party a accepté avec réticence. Toutefois, l'Inde est parvenue à simplifier le processus après la création du Pakistan. Durant la période qui a suivi les indépendances, ce sont les gouvernements qui ont décidé du processus, parfois à l'issue de pourparlers avec les groupes concernés (par exemple, en Tanzanie lorsque ce pays est devenu un État à parti unique en 1965, en Zambie lorsque ce pays a abandonné le système de parti unique en 1991, en Ouganda en 1982, au Ghana en 1992, et enfin au Nigeria en 1979, 1989 et 1999). En Irak, le processus [2005] a été essentiellement conçu par les États-Unis, qui étaient une force d'occupation (même s'ils ont fait des concessions importantes aux groupes locaux).

Le processus fait fréquemment l'objet de négociations entre les partis politiques (comme en Afrique du Sud [1996], aux Fidji [1997], au Kenya [2010] ou au sein d'un plus grand nombre de groupes d'intérêts (à l'instar des États francophones d'Afrique de l'Ouest lors des conférences nationales). Que ce soit dans les situations de conflit ou postérieures au conflit, la décision relative à la conception fait partie d'un ensemble complexe de mécanismes, tels que le cessez-le-feu, le désarmement et l'intégration des forces armées.

Bien souvent, la conception est réalisée par des parties prenantes à un conflit. Le cas du Népal en 2006 est inhabituel en ce sens que l'accord a été conclu sans intervention extérieure. La plupart des accords sur les processus conclus dans de telles situations ont nécessité une intervention significative de la communauté internationale. L'exemple de la Bosnie-Herzégovine [1995] est patent, quoiqu'assez inhabituel. En effet, la constitution de ce pays fut élaborée par la communauté internationale dans une caserne militaire aux États-Unis – en fait, il n'y a tout simplement pas eu de processus. En règle générale, la conception du processus (ou à tout le moins son ébauche) se fait dans le cadre de conférences internationales ou de négociations internationales (comme en Afghanistan et au Cambodge), ou alors dans le cadre d'une intense médiation des États aux intérêts dominants, souvent occidentaux (comme au Soudan, dans les États de l'ex-Yougoslavie et au Kosovo). Le processus en Somalie fut conclu grâce à la médiation de l'Autorité intergouvernementale pour le développement, avec l'intermédiation du gouvernement kenyan en 2004.

Comme l'on peut s'y attendre, les principes et le degré de détail varient selon le contexte et les principales parties impliquées. Le processus est plus détaillé lorsqu'il est négocié localement ; il l'est beaucoup moins lorsque la communauté internationale est impliquée (le cas du Soudan est une exception). Les experts jouent un rôle moins prééminent lorsque la communauté internationale est impliquée. La question de l'appropriation du processus est inhérente au mode de prise de décision dudit processus, tout comme d'ailleurs le degré de participation des citoyens.

Un processus planifié offre de grands avantages. D'abord c'est un bon moyen de recenser les acteurs clés et d'informer les citoyens sur les objectifs, la feuille de route, et leur propre rôle. Il donne à ceux qui sont chargés de sa gestion, des orientations quant aux procédures et au calendrier, et permet de minimiser les différends sur les rôles respectifs des acteurs. Il permet de donner aussi une indication des ressources requises. Les règles relatives à la rédaction et l'adoption de la constitution influent souvent sur les résultats du processus, en termes de légitimité, d'orientation et de contenu de la constitution. Il peut arriver, par exemple, que lorsque les parties politiques dominent le processus, une plus grande attention soit accordée au système de gouvernement. Et plus le processus sera participatif, plus la constitution aura des chances de traduire les aspirations des uns et des autres.

1.4 Tâches et responsabilités dans l'élaboration d'une constitution

L'élaboration d'une constitution est devenue un exercice complexe, impliquant un certain nombre de tâches et d'étapes et associant une multitude d'acteurs et d'institutions. Il est essentiel lors de la conception d'un processus, de passer en revue les tâches à accomplir, de décider comment les répartir et comment obtenir les ressources nécessaires à leur exécution, et d'établir l'ordre dans lequel elles doivent être exécutées. Les parties ci-après présentent les options possibles pour chacun de ces aspects, ainsi que les principales tâches fréquemment exécutées dans le cadre d'un processus constitutionnel.

Si la constitution est élaborée en temps de paix, le processus offre plusieurs options, dont celle d'inclure une forte participation. Si le pays sort d'un conflit interne ou externe, on penchera peut-être en faveur d'un processus plus encadré, avec peu ou pas de consultation publique. Les négociations qui se déroulent pendant un conflit en cours prennent de façon croissante la forme d'un règlement constitutionnel. Dans ces cas de figure, le processus est confidentiel et souvent secret, entièrement dominé par les dirigeants des « factions belligérantes », avec peu d'espace accordé à une large participation citoyenne.

1.4.1 Ressources

Il n'est pas possible à l'heure actuelle d'élaborer une constitution avec peu de moyens. Le processus tel que décrit ci-après est très onéreux. Bon nombre de pays désireux de préparer une nouvelle constitution et d'amorcer un nouveau départ sortent d'une longue période de conflit ; leurs ressources sont épuisées ou accaparées par des chefs de guerre, l'économie est en lambeaux, ils sont confrontés à des problèmes urgents de pauvreté et les caisses du trésor sont vides. Il importe, au début du processus de planification, d'accorder une attention particulière aux implications financières et aux moyens de mobiliser des fonds suffisants. Tous les peuples ont droit à un processus participatif et équitable, mais tous les pays ne peuvent pas se le permettre. Il est souvent possible d'obtenir une assistance financière extérieure sous forme d'équipement ou de personnel, mais cela peut entraîner une perte de contrôle du pays sur le calendrier et le processus. Il faut trouver les moyens de minimiser les frais autant que possible. Parfois, il convient de revoir à la baisse les objectifs trop ambitieux du processus. Toutefois, s'il est bien conçu et que l'on s'efforce d'éviter les dépenses inutiles, la communauté internationale apportera certainement son assistance. Il convient d'estimer les frais suffisamment tôt pour pouvoir effectuer une planification réaliste du processus et débiter la recherche de soutien extérieur.

1.4.2 Déroulement du processus

On entend par le déroulement du processus la façon dont les différentes étapes sont organisées et agencées, si elles sont clairement délimitées et si le démarrage et la conclusion du processus dépendent ou non de décisions et de processus collatéraux. Deux questions distinctes se posent à ce stade. La première se pose lorsque le processus d'élaboration de la constitution fait partie d'un processus plus large de cessation d'un conflit armé et de rétablissement d'un ordre pacifique : à quel stade l'élaboration d'une constitution est-elle possible et essentielle ? Il se peut que d'importantes questions préliminaires soient à régler en premier, à savoir : un cessez-le-feu, le contrôle des armes, d'autres mesures d'instauration de la confiance, des projets d'accords sur les processus de vérité et réconciliation, des négociations autour de l'impunité, et autres mécanismes de transition (comme l'attribution d'un rôle à des rebelles ou à des groupes exclus des activités courantes de gouvernance), avant que les parties ne négocient les principes d'un nouvel ordre constitutionnel.

Ces considérations ont été d'une importance capitale en Afrique du Sud, et dans l'ensemble, l'ordre de déroulement des tâches qui a conduit à l'adoption de la constitution finale a facilité son processus d'élaboration. Par contre, le récent cas du Népal (début de l'année 2006) a démontré qu'à défaut de régler ces questions de manière satisfaisante, les parties peuvent s'enliser dans le processus constitutionnel. Toutefois, il peut s'avérer nécessaire de s'accorder dans les grandes lignes sur la future manière de gouverner le pays (c'est-à-dire les principes de la nouvelle constitution) pour pouvoir régler les questions préliminaires mentionnées ci-dessus. Parfois, le chronogramme sera fonction de la situation particulière du pays. Il semblerait que Cory Aquino des Philippines voulait une constitution d'urgence après son élection et la déposition de Marcos car elle craignait un coup d'État militaire, et pensait qu'une nouvelle constitution la mettrait à l'abri ou en réduirait les chances. Cette urgence n'était pas de mise au Népal ; le roi avait été contraint de renoncer à ses pouvoirs et un accord préliminaire entre les Maoïstes (qui venaient de mettre fin à leur insurrection) et les partis « démocratiques » fournissait une base satisfaisante pour leur permettre d'imprimer un rythme plus décontracté à l'élaboration d'une nouvelle constitution.

Dans un contexte où le conflit n'est pas tout à fait achevé, l'un des facteurs importants dans la décision de procéder à l'élaboration de la constitution, est de savoir à quel moment il sera possible d'avoir une forte participation de tous. Cela peut aller bien au-delà de la période de cessez-le-feu. Il peut arriver que cette participation s'élargisse au fur et à mesure que le processus progresse, que le calme revienne et que les populations se sentent en sécurité. Au cas où une forte participation serait difficile à mettre en place, l'une des solutions proposées ci-après consiste à se concentrer sur les mécanismes de transition et à promouvoir autant que possible la participation citoyenne tout en conservant l'option d'un processus plus participatif pour plus tard (voir parties 2.1.9 et 2.2.2).

Parmi les autres formes de tensions qui interviennent dans le processus constitutionnel en période de conflit ou postérieur au conflit, citons l'équilibre entre la consolidation de la paix (qui peut être favorisée par la communauté internationale), et la pression des citoyens pour une nouvelle constitution ; entre les incitations à la cessation des combats et la menace de procès pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité (qui posent les difficiles questions de l'impunité, aggravées par l'interdiction de l'amnistie dans le cadre de nouvelles normes internationales), et le choix entre la tenue des élections avant le processus et la nécessité de rétablir la confiance entre les factions en guerre et entre ces dernières et la population.

L'autre contexte dans lequel se pose la question de l'ordre de déroulement des opérations est celui où les conditions pour l'élaboration de la constitution sont réunies et que la question est de savoir comment organiser au mieux les tâches à entreprendre. Cet ordre dépend de divers facteurs, dont le niveau de participation citoyenne et la répartition des responsabilités des différentes tâches. Elle est aussi fonction des objectifs du processus, qui peuvent inclure la réconciliation nationale, la consolidation de la nation et la démocratisation. La première étape consiste à s'entendre sur la nécessité d'une réforme constitutionnelle, sur les principes constitutionnels qui la sous-tendent et les modalités du processus. Ensuite, il s'agira d'associer la population au processus en dispensant une éducation civique et

des informations, et en sollicitant son point de vue sur la réforme constitutionnelle. La population peut être associée de différentes manières ; on peut soit recueillir son opinion à l'aide d'un questionnaire, d'un processus ouvert, d'un projet de constitution, ou des trois à la fois. La rédaction de la constitution est une tâche essentielle, et la question cruciale ici est de savoir qui devrait en assumer la responsabilité. Le débat sur le projet de constitution et sa promulgation constituent les prochaines étapes, souvent considérées comme les dernières. Or l'adoption d'une nouvelle constitution n'est que le début du travail de création d'un nouvel ordre politique et social et il est extrêmement important de réfléchir aux stratégies de mise en œuvre qui font partie de l'élaboration de la constitution.

Dans l'ordre de déroulement du processus, il est particulièrement important de savoir si l'élaboration de la constitution doit suivre ou précéder les élections. Il peut être utile de programmer le processus avant les élections législatives, car les délégués ont moins de chance de connaître leur position dans les prochaines joutes électorales ou le prochain gouvernement. Ils sont donc plus disposés à prendre de la hauteur et à s'occuper de questions qui vont au-delà de leurs intérêts personnels.

L'autre question générale liée au déroulement du processus consiste à savoir si l'on doit consulter la population avant ou après la préparation du projet. La consulter après donne aux citoyens la possibilité de donner son avis sur des propositions concrètes, mais la consulter avant offre un champ d'expression plus large et une plus grande marge de manœuvre. Il est possible d'organiser des consultations publiques avant et après la préparation du projet, ce qui devient d'ailleurs monnaie courante (comme au Kenya ou en Bolivie).

Dans ce processus d'élaboration d'une constitution, beaucoup d'individus, de partis, de communautés et de groupes d'intérêts donnent de leur temps, se passionnent pour le processus, font pression pour la promotion d'autres valeurs, institutions et procédures, apprennent ou éclairent les autres sur les constitutions, délibèrent et décident. Par conséquent, il est nécessaire en planifiant les différentes étapes, de s'accorder sur le rôle de ces acteurs : comment doivent-ils être représentés ? Comment exprimeront-ils leurs points de vue ? Quel rôle joueront-ils dans la prise de décision ?

1.4.3 Délais

Il est utile de fixer des délais pour les différentes étapes du processus ; ces délais sont généralement prévus dans la législation ou dans un texte de base. Les délais doivent être soigneusement fixés, parce que s'ils sont trop courts, ils peuvent limiter la participation citoyenne et donner l'impression que le processus est manipulé ; alors que s'ils sont trop longs, ils prolongent indûment le processus alors qu'il faut le boucler et établir un nouvel ordre. Les processus ont tendance à dépasser les estimations ou les délais prescrits, ce qui peut être dû à plusieurs raisons : leur complexité, un démarrage poussif, une sincère sous-estimation du temps nécessaire, la recherche de ressources financières et autres, les urgences, l'intérêt personnel des délégués, des commissaires et du personnel des institutions concernées à prolonger le processus.

Les délais peuvent s'avérer utiles, mais il faut les assortir d'un mécanisme d'application – un moyen quelconque de pénaliser ceux qui ne les respectent pas. En réalité, les délais ne sont souvent pas respectés par manque de volonté politique, ou parce que des questions en suspens n'ont pas été réglées (le processus du Népal en est un exemple éloquent). Les processus d'élaboration d'une constitution sont devenus très complexes, et leur poursuite requiert un consensus à différentes étapes, mais souvent on estime à tort qu'ils se dérouleront sans accrocs.

1.4.4 Accord sur un calendrier de réforme constitutionnelle

En matière de réforme constitutionnelle, le plus difficile consiste parfois à créer un consensus autour de la nécessité de la réforme, du type de réforme et du processus qui mène à sa réalisation. Dans certains contextes, la nécessité d'une réforme est évidente – par exemple, au moment de l'indépendance ou après une révolution (exemples de l'Espagne, de la Hongrie et de la Pologne). Souvent, ceux qui sont au pouvoir refusent toute réforme, c'est le cas de Marcos aux Philippines et de Moi au Kenya de 1991 à 2000, et pour cause, c'est la constitution en vigueur qui les a portés au pouvoir. Il arrive qu'une minorité exclue du pouvoir exige des réformes et que la majorité refuse (si nécessaire par la force des armes), comme cela s'est produit au Sri Lanka entre les années 1980 et 2009. Dans de telles situations, l'accord pour réformer (ou le débat autour de la réforme) intervient après un violent conflit qui peut avoir entraîné beaucoup de pertes de vies humaines (comme en Afrique du Sud, au Soudan et dans certaines parties de l'Inde). Aujourd'hui, il n'est pas rare qu'un accord visant à envisager ou à négocier une réforme soit le résultat de pressions extérieures (comme en Afghanistan, au Cambodge, au Kenya, au Soudan et au Timor-Leste).

Parfois l'accord se résume à la décision de se réunir pour envisager une réforme, alors que parfois il est assez large pour aborder les domaines sur lesquels porteront la réforme, les principes qui la sous-tendent, les institutions qui négocieront, ainsi que l'élaboration et l'adoption des mesures de réforme. Dans des situations de conflit ou postérieures au conflit, les parties sont peu enclines à s'accorder sur des réformes ou à en discuter, sauf si elles ont le sentiment que leurs intérêts essentiels seront préservés. Ainsi, un accord ou une entente préalable sur la sauvegarde de ces intérêts et les principes constitutionnels fondamentaux à incorporer dans la constitution finale, est souvent un préalable aux négociations. Si la communauté internationale intervient, il y a fort à parier que l'intégration des droits humains tels qu'ils figurent dans les traités internationaux sera obligatoire.

1.4.5 Format de l'accord

Un accord de réforme constitutionnelle peut revêtir plusieurs formes, en fonction du contexte. Lorsque la communauté internationale s'implique, en particulier les Nations Unies, cela peut déboucher sur un traité multilatéral ou une résolution du Conseil de sécurité (comme pour le Cambodge et le Timor-Leste). Lorsque le débat concerne des partis politiques (comme c'est souvent le cas) ces derniers pourront conclure un ou plusieurs accords entre eux (comme

au Népal et en Afrique du Sud). Même dans ces cas de figure, une législation peut s'avérer nécessaire, pour donner effet à l'accord, dans la mesure où ce dernier peut avoir une incidence sur le pouvoir d'une institution existante (le parlement, par exemple) voire même sur la méthode usuelle d'amendement de la constitution. Une législation (même inscrite dans la constitution) peut également s'avérer nécessaire si la confiance ne règne pas entre les principaux partis, comme ce fut le cas au Kenya [2010], quand le processus de 2005 fut sapé, ce qui fut attribué en partie à l'absence de constitutionnalisation. Une législation est aussi nécessaire si de nouvelles institutions doivent être créées pour les besoins du processus (ex : une commission indépendante, bien que cela puisse se faire avec une loi existante autorisant le Chef de l'État ou du gouvernement à créer de tels organes par voie administrative). Si elle est constitutionnelle, la législation réduit certes la flexibilité du processus, mais elle le sécurise davantage (ce qui est parfois plus important). Dans des circonstances exceptionnelles, le processus dans son intégralité, qui suppose des changements constitutionnels fondamentaux, peut être mené sur la seule base d'une entente mutuelle (la Hongrie et le Bénin en sont de bons exemples).

1.4.6 Portée de la réforme : transitoire, minimale ou complète ?

L'une des premières questions à laquelle les pays sont confrontés est de savoir s'il faut procéder à un changement graduel de la constitution, ou remplacer la constitution existante par un tout nouveau document reflétant un nouvel ordre constitutionnel. En réalité, les pays qui optent au départ pour une certaine approche finissent souvent par adopter l'autre approche (s'ils constatent, par exemple, qu'une approche « étape par étape » s'avère tellement coûteuse qu'au final une toute nouvelle constitution sera nécessaire, ou, au contraire, s'ils voient qu'apporter des changements majeurs est impossible, ils apporteront alors des changements graduels plus réalistes) (voir la partie 2.1.2). Dans le cas de changements graduels, les rédacteurs doivent s'attaquer aux problèmes en suspens, supprimer les passages les plus offensants de la constitution en vigueur, corriger les omissions flagrantes, et dans le même temps, créer les conditions à même de permettre d'accélérer la révision. Le Chili et l'Indonésie l'ont fait dans une certaine mesure, ainsi qu'Israël lorsqu'il s'apprêtait à créer un nouvel État. Cette approche a l'avantage de calmer toute l'agitation que suscite la constitution. Dans certains cas, créer une nouvelle constitution et s'y appuyer pour régler des problèmes épineux peut faire naître de nouvelles dynamiques politiques et exacerber les divisions sociales ou politiques. Cependant, les approches graduelles fonctionnent mieux lorsque la confiance est de mise entre les représentants politiques, et entre les représentants et leurs constituants. Le contexte dans lequel travaillent généralement les Nations Unies et d'autres organisations ne présente pas cette caractéristique. L'option graduelle est généralement difficile à mettre en place dans des démocraties instables, et non libérales – bien que le cas de l'Indonésie démontre le contraire.

Une constitution intérimaire partage des similitudes avec le changement graduel. Cependant, il est que celle-ci est provisoire et débouchera sur une réforme complète, ce qui n'est pas le cas de l'approche graduelle. D'autre part, lorsque les partisans de la réforme acceptent

un changement graduel, c'est dans l'espoir qu'en toute logique le changement conduira à d'autres réformes (sans susciter la résistance du régime en place).

1.4.7 Acteurs et participation citoyenne

Un bon processus doit assurer l'équilibre des intérêts des différents groupes et communautés. Parfois, ceux qui détiennent le pouvoir représentent les intérêts dominants, comme c'est le cas pour les populations urbaines ou les factions en guerre dans des situations de conflit ou postérieures au conflit. On estime souvent qu'il est plus indiqué de limiter la participation citoyenne afin de privilégier les intérêts jugés essentiels à un règlement. A contrario, il arrive aussi que l'on essaye d'intégrer des groupes autrefois marginalisés par les pouvoirs politiques et économiques. En effet, la tendance est à la participation la plus large possible de la population en tant qu'expression de sa « souveraineté », pour garantir la légitimité du processus et surtout pour prendre connaissance des attentes et aspirations des citoyens ordinaires. Aujourd'hui les processus intégreront probablement les partis politiques, les groupes religieux, les communautés ethniques, les cadres, les entreprises, les syndicats, les femmes, les personnes handicapées, la diaspora, les régions et certaines parties de la communauté internationale. La participation citoyenne peut être multiforme, et englobe la représentation à l'assemblée constituante, l'éducation civique, les recommandations au parlement, le recours à la pression, les avis sur le projet de constitution, et éventuellement la participation à un référendum ; dans certains cas elle se trouve à plusieurs étapes du processus.

La participation citoyenne peut intervenir tout au long du processus, bien que sous des formes différentes et avec une intensité variable. La chronologie des diverses formes de participation citoyenne est un facteur important à prendre en compte dans la conception du processus : il faut déterminer quel est le moment adéquat pour les débats publics, recueillir l'avis du grand public, des groupes spécialisés, les contributions des experts, en particulier les experts en matière de constitution, fixer les délais nécessaires à la rédaction et le moment de la promulgation. À toutes ces étapes, la participation citoyenne peut avoir son importance.

Il importe de distinguer les différentes formes de participation citoyenne, puisqu'il est désormais entendu qu'elle est cruciale pour la plupart des volets de l'élaboration d'une constitution (plusieurs aspects importants de cette participation sont traités dans la partie 2.2.2). Toutes les formes de participation n'ont toutefois pas un impact sur ce qui figurera dans la constitution. En effet, certains formats, comme, par exemple, les audiences publiques, peuvent avoir un impact modeste sur le contenu de la constitution. À l'inverse, une simple conversation entre le chef du gouvernement et l'ambassadeur d'un pays occidental peut avoir une certaine influence sur le contenu de la constitution. Dans la conception du processus, il y a donc lieu d'accorder une attention particulière au format de la participation citoyenne et à la façon dont il peut éventuellement influencer les résultats – à ce stade les règles régissant la prise de décision sur le contenu et la promulgation de la constitution revêtent une importance capitale (voir partie 2.1.4).

En règle générale, les acteurs les plus importants sont les partis politiques, sauf dans les situations de conflit ou postérieures au conflit, où les factions armées dominent, même si cette domination est temporaire. Les partis politiques sont plus enclins à promouvoir une plus grande participation citoyenne que les milices – mais le niveau de participation sera déterminé en fonction de la nature démocratique et participative des partis eux-mêmes. Aussi bien en Afrique du Sud qu'au Népal, les partis politiques ont dominé les négociations sur la réforme et le processus d'élaboration de la constitution, mais ce processus fut assez participatif en Afrique du Sud et un peu moins au Népal car dans ce dernier chacun des partis était dominé par un ou deux dirigeants.

L'augmentation du nombre de groupes participant aux processus a compliqué cet exercice. En effet, la participation de groupes aux priorités et agendas multiples rend difficile la négociation et le processus d'élaboration de la constitution peut être ralenti. Au lieu de mener à un consensus national, le processus risque donc de raviver les divergences et de rendre impossible l'adoption d'une nouvelle constitution.

La participation citoyenne peut aussi susciter une certaine concurrence. Celle qui existe entre le peuple et la classe politique est évidente, mais elle se manifeste aussi entre les hommes et les femmes, les conservateurs et les « modernistes », etc. Dans une certaine mesure, la concurrence est régie par les règles de prise de décision, en particulier celles qui stipulent quel groupe aura le dernier mot (si la décision finale revient, par exemple, à l'assemblée, la participation sincère de la société civile et la préparation d'un projet par une commission constitutionnelle seront inutiles si ladite assemblée, mue par des considérations totalement différentes, oppose son veto ou amende ce projet).

Par conséquent, même si la participation citoyenne est souhaitable, elle n'est pas exempte de risques. Elle peut se muer en désillusion, si l'on promet au peuple qu'il pourra se faire entendre et que ses propos sont déformés ou ignorés. Ce phénomène détériore souvent la relation de confiance entre le peuple et la classe politique qui est généralement responsable de ce genre de fait. L'autre risque est de voir le rôle des experts minimisé, voire même dénigré, par un populisme lié à la participation de tous, qui risque de se traduire par des incohérences dans le document. Certaines indications montrent que la participation citoyenne peut conduire à l'expression de points de vue conservateurs, voire même intolérants, lorsqu'il s'agit de questions d'ordre « moral » comme la peine de mort, l'homosexualité, le mariage de personnes de même sexe et l'avortement. Un autre danger est de voir les divisions ethniques s'exacerber lorsque différents groupes luttent pour défendre leurs intérêts. Ceci conduit soit à des conflits soit à des compromis peu avisés, voire impossibles ; dans les deux cas, cela contrecarre les objectifs d'une « démocratie délibérative » et d'une prise de décision rationnelle.

La participation de tous ne se limite pas toujours aux acteurs nationaux. Dans bon nombre de situations de conflit ou postérieures au conflit, la communauté internationale (sous différentes formes) peut constituer un acteur important de la planification et de l'exécution du processus. Certains volets de cette participation citoyenne peuvent être prescrits par un traité ou par une loi, mais elle peut être aussi en grande partie opaque et parfois impliquer des actes d'intimidation. De même, la participation étrangère peut être utile et même

parfois essentielle à la réussite du processus. Toutefois, la participation de la communauté internationale soulève des questions de légitimité et de responsabilité : quelle est la justification morale de l'implication d'un acteur étranger dans les affaires d'un autre peuple, et à qui doit-il rendre compte ? Le processus peut prendre une tournure internationale sous d'autres formes : la définition de normes internationales régissant le processus et le fond de la constitution, la capacité d'emprunter à d'autres constitutions facilitée par l'Internet et le partage de connaissances entre experts, la montée d'une classe internationale de rédacteurs de constitution et d'organisations non gouvernementales (ONG). Les diverses formes de participation de la communauté internationale sont abordées aux parties 2.3.12 et 4.2.

1.4.8 Mécanismes de sortie de l'impasse

Il est possible qu'à un certain stade du processus décrit ci-dessus apparaissent des ruptures et des désaccords sérieux. La discorde peut porter sur les procédures, les principes ou le fond. Pour les questions de procédure, l'une des solutions consiste à recourir à une décision de justice. Au Kenya, le processus [2005] a posé de nombreux problèmes juridiques à l'autorité de la commission et à la conférence constitutionnelle, comme, par exemple, la contestation de la validité de l'ensemble du processus au motif qu'il ne comportait aucune disposition relative à l'organisation d'un référendum ; le tribunal a entériné cette contestation mettant ainsi un terme au processus, alors qu'un projet avait déjà été approuvé par la conférence - qui est l'équivalent de l'assemblée constituante. L'autre forme de désaccord possible est moins juridique que politique et peut compliquer la conclusion d'un accord de fond, faisant ainsi courir le risque d'une impasse et de profondes dissensions sociales. Dans ce contexte, l'intervention du tribunal peut s'avérer moins salutaire, car elle peut aggraver la situation en sanctionnant une partie, alors qu'il est préférable de trouver un compromis. Pour éviter le recours à la justice lorsque cette option ne fait qu'attiser les divergences, d'autres mécanismes peuvent être adoptés, comme de soumettre la question aux chefs de partis (comme ce fut le cas au Népal), renvoyer la question à un règlement ultérieur (comme en Ouganda et en Irak), régler la question par un vote à une plus petite majorité, et recourir à la médiation d'un groupe « de sages ». Ces mécanismes ne sont pas toujours institutionnalisés – mais il y a des arguments en faveur des mécanismes ad hoc informels. Voir la partie 2.5.2 pour une analyse des sujets clivants.

1.4.9 Rédaction de la constitution

Lorsque nous parlons de rédaction de la constitution, nous faisons ici une distinction entre le processus par lequel des décisions sont prises sur le contenu de la constitution, et le processus même de rédaction. Dans le premier cas, il existe plusieurs options. La situation classique est que le projet de constitution est préparé par le parlement ou l'assemblée constituante généralement par le biais d'une commission. Le parlement discute du texte puis l'adopte. Aujourd'hui, beaucoup de projets sont préparés par un organe distinct de celui qui est chargé de débattre de la constitution et de l'adopter. Il s'agit généralement

d'une commission constituée d'experts (en droit surtout, mais aussi en économie, sciences politiques et administration publique). Si c'est la commission qui prépare le projet, elle s'en tient normalement à certains objectifs préalablement définis et aux éléments clés de sa procédure (y compris souvent des consultations publiques). Le parlement est un organe représentatif, et à ce titre a une plus grande latitude pour décider des valeurs et des procédures qui s'appliquent (voir partie 3.1.2 sur les commissions et les assemblées). Le processus reposant sur une commission donne une plus grande place aux experts, et l'autre aux politiciens. Ce type de répartition des responsabilités déterminera en partie comment l'avis des experts sera équilibré avec les vues plus politiques ou « populistes ».

L'avantage des commissions est que cette partie du processus – les décisions vitales sur le projet de constitution – peut dans une certaine mesure être dissociée des parties politiques, tirer profit des connaissances des experts, promouvoir la participation citoyenne, et formuler des propositions orientées vers les intérêts nationaux et non sectaires, et, par conséquent, offrir une base équitable de négociation et faciliter le compromis. Toutefois, la commission pâtit souvent de compter parmi ses membres non pas des experts, mais des représentants d'autres intérêts, généralement politiques.

La plupart des pays doivent faire un choix entre le parlement ordinaire et un organe spécialement constitué pour créer la constitution. Deux types de facteurs influencent ces décisions. La tradition historique, l'exigence de continuité juridique (changements effectués comme prévu dans la constitution), la légitimité du parlement (s'il est suffisamment respecté, il peut être chargé d'effectuer les modifications), la domination de partis politiques (ce qui a tendance à favoriser le parlement), et la possibilité de tenir de nouvelles élections (avant ou après le processus). Le deuxième facteur est d'ordre stratégique : le choix de l'organe plus susceptible de ne pas trop promouvoir ses propres intérêts dans le résultat du processus (la commission ou le parlement), la nécessité d'inclure des représentants de tous les secteurs de la société (ce qui penche en faveur d'une assemblée constitutionnelle spéciale), la valeur accordée à la société civile (ce qui mène à un processus participatif), l'urgence qu'il y a à parachever la constitution (ce qui profite au parlement) (voir la partie 3.1.2).

La rédaction du texte devrait, et est généralement, laissée au soin des juristes qui décident de la structure (architecture) de la constitution et du langage du texte. Il est important que la rédaction soit menée par des juristes et non pas par les membres du parlement. En effet, les termes juridiques ont une signification immuable et sont cruciaux aux besoins de précision et de cohérence que requiert un texte constitutionnel. La rédaction ne devrait pas non plus mobiliser un grand nombre de personnes. Il est important de choisir des rédacteurs qui ont l'expérience des instruments constitutionnels, qui à bien des égards, sont différents de la législation habituelle. Un langage simple doit être utilisé autant que possible. Les rédacteurs doivent avoir la latitude d'utiliser leur jugement professionnel sur l'architecture et le texte de la constitution, mais ils doivent en même temps respecter les décisions politiques prises par le parlement. Toutefois, il est tout-à-fait normal pour eux d'attirer l'attention du parlement sur une décision qui semble impossible à appliquer ou qui va à l'encontre des valeurs constitutionnelles fondamentales, puis de demander de nouvelles instructions (voir la partie 2.6.2).

1.4.10 Débat sur le projet de constitution

Il est de plus en plus courant de donner le temps aux citoyens d'examiner le projet de constitution et de donner leurs commentaires avant son approbation par l'assemblée. On entend ici par « assemblée » l'organe qui prend la décision d'adopter le texte, même si cette adoption est soumise à un référendum. L'avantage de cette stratégie réside dans le fait que les citoyens peuvent réagir à un ensemble de propositions concrètes et globales, et en évaluer la pertinence pour eux et pour l'État. S'ils ont déjà eu l'occasion d'être consultés, ils pourront alors juger du sérieux avec lequel leurs opinions ont été prises en compte. La période de consultation publique peut également être considérée comme une opportunité d'effectuer « une évaluation par les pairs », d'analyser les forces et faiblesses du texte et de corriger les erreurs rédactionnelles ou substantielles (certains pays ont fait appel à des experts pour passer en revue leur projet : Timor-Leste [2002], Afghanistan [2004], Népal (processus en cours), et Zimbabwe [2000]. Si les partis politiques ou le grand public sont divisés sur certaines questions, c'est là une autre chance de parvenir à un consensus, même si durant cette période de nouvelles dissensions peuvent voir le jour (comme au Kenya en [2010]).

Il importe de veiller à ce que le peuple soit correctement informé du contenu du projet et qu'il puisse en faire une évaluation. À ce stade, la société civile et les intellectuels ont un rôle crucial à jouer. Il est surprenant de constater combien les protagonistes des débats sur les propositions et projets de constitution sont mal informés ; les politiciens (mais pas seulement) ont tendance à faire des déclarations sans se donner la peine de lire le projet (voir partie 2.2.2 sur l'éducation civique).

1.4.11 Promulgation de la constitution

La première décision à prendre est de choisir quel organe aura la responsabilité première d'approuver ou de rejeter le projet de constitution. Comme indiqué plus haut, le choix est généralement à faire entre le parlement et l'assemblée constituante. La seconde décision est de savoir s'il devrait y avoir plusieurs étapes d'adoption. Les situations où il y a plusieurs étapes d'adoption incluent souvent un référendum. Il arrive que le projet passe directement des rédacteurs au référendum pour interroger le peuple. C'est ce qui s'est produit semble-t-il avec la constitution de l'Union européenne, et c'est ce que stipule la Charte fédérale de transition de 2004 de la Somalie, mais il existe encore d'autres exemples de ce type. Le processus kenyan [2005] a connu de nombreux organes d'adoption – conférence constitutionnelle nationale (similaire dans une grande mesure à une assemblée constituante), assemblée nationale, et – une exigence imposée par les tribunaux une fois le processus pratiquement arrivé à terme - un référendum. Certes, il est important de multiplier les occasions de vérifier la pertinence du projet, mais trop d'étapes d'adoption entravent la promulgation et donnent aux éléments perturbateurs la possibilité de se regrouper ; il convient donc d'éviter ces situations (voir partie 2.7).

L'autre décision majeure relative à la conception du processus concerne les règles régissant la prise de décision. Chaque institution comporte divers niveaux de prises de décisions qui

régissent la poursuite du processus ou l'adoption du projet de texte. La principale question qui se pose ici est celle de la majorité requise. On pourra juger qu'une majorité simple ne protège pas suffisamment les minorités. Le processus d'élaboration de la constitution offre l'opportunité d'arriver à un consensus sur les valeurs nationales fondamentales. Parfois, cela est compris comme une nécessité de parvenir à une unanimité (comme ce fut le cas au Kenya, au Népal, en Afrique du Sud, en Ouganda et au Vanuatu). En cas d'échec, un processus formel (Népal) ou informel (Kenya) pourra être mis en place pour aplanir les différends. Mais comme l'Ouganda, ces deux pays avaient prévu une majorité des deux-tiers en l'absence de consensus. Une large majorité est préférable si le pays est profondément divisé, en particulier aux plans régional et ethnique, mais elle accroît le risque d'échec de l'adoption de la constitution. Il en est de même de la règle exigeant un soutien minimum du projet dans un nombre minimum de communautés ou de régions, en sus d'un vote national global (comme en Irak où le projet a failli échouer en raison de son rejet électoral dans trois gouvernorats) (voir la partie 2.5.1).

Nombreux sont les États qui prévoient un référendum, mais contrairement à l'avis d'un tribunal kenyan, il n'est pas indispensable en vertu des principes constitutionnels. Son utilisation est loin d'être universelle, et de surcroît, controversée. Si les premières étapes du processus sont participatives, avec des compromis pour arriver à un consensus, il ne serait pas avisé de mettre en péril les acquis. Le référendum peut être clivant et attiser les tensions dans la société (comme le démontrent les exemples de l'Irak [2005] et du Kenya [2005 ; 2010]). Toutefois, les Maldives (en 2008) se sont servies du référendum de manière très intéressante pour trancher une question devenue très litigieuse – savoir si l'exécutif devait être parlementaire ou présidentiel. Une fois cette question réglée, l'assemblée constituante (le Majlis spécial) adopta rapidement la constitution. Si la question à résoudre a trait à l'autodétermination, un référendum peut être un mécanisme utile pour connaître la préférence du peuple (ainsi que proposé pour la sécession au Canada, et réalisé à Bougainville, en Nouvelle-Calédonie et au Soudan du Sud).

1.4.12 Mise en œuvre de la constitution

Les constitutions qui sont le fruit de longues négociations au cours desquelles les divers intérêts sont soigneusement conciliés, qui visent à apporter des changements fondamentaux à l'organisation de l'État et de la société, ou qui ont été adoptées sous pression étrangère, ne sont pas faciles à mettre en œuvre. Bon nombre de dispositions, surtout celles qui portent sur les valeurs et les normes éthiques, ou les institutions chargées de veiller à la responsabilité et à l'État de droit, pourraient demeurer assez faibles. Par conséquent, une attention particulière doit être accordée au mécanisme de mise en œuvre et d'application de la constitution, ce qui se fait rarement dans le processus d'élaboration de la constitution. Cet aspect a été pris en compte dans des processus récents grâce à un certain nombre de dispositifs, notamment : une annexe à la constitution portant sur les questions provisoires ; une autre contenant une liste de mesures législatives et autres, nécessaires à la mise en

œuvre ainsi que les calendriers d'exécution y afférents ; une commission indépendante chargée du contrôle et de la mise en œuvre ; une disposition constitutionnelle stipulant que dans la mesure du possible les principes sont mis en œuvre par les autorités exécutives, même en l'absence de toute législation promulguée à cette fin ; une disposition stipulant que les tribunaux peuvent prononcer des ordonnances dans le même cadre ; des mesures d'autonomisation de la société civile pour lui permettre de participer à la mise en œuvre et à la mobilisation autour de la constitution ; et la mise en œuvre de principes donnés comme condition préalable à l'exercice de certains pouvoirs par l'exécutif ou le législatif, entre autres.

1.5 Évaluation de l'impact du processus d'élaboration de la constitution

Les processus d'élaboration d'une constitution visés dans la partie ci-après sont récents et découlent des circonstances évoquées ci-dessus. Il n'existe pas suffisamment d'études sur l'impact des processus constitutionnels sur la réconciliation, la paix durable, l'autonomisation des populations, la consolidation de la démocratie, une plus grande solidarité sociale ou la prospérité économique. L'élargissement de la portée des constitutions, notamment celles qui ont des objectifs sociaux et économiques ambitieux, a cristallisé les enjeux autour de leur orientation et de leur contenu, et en pareilles circonstances, les processus peuvent facilement devenir litigieux. Des tensions peuvent également naître de la volonté de ceux responsables de l'élaboration de la constitution de donner satisfaction à la communauté internationale et à des groupes d'intérêts nationaux. Il est indubitable que ces processus permettent de porter de nombreux enjeux politiques et publics à la connaissance des citoyens et de mettre en lumière les rouages de l'État. Mais ces connaissances sont souvent fragmentaires et sujettes à plusieurs interprétations, dont certaines sont fallacieuses et émises pour induire en erreur et non pour informer. Il importe donc pour les organes de surveillance de mettre en place des mesures de sauvegarde contre les abus flagrants et les omissions patentes. La dynamique des processus doit faire l'objet d'une attention particulière, tandis que des informations et des analyses honnêtes des questions doivent être fournies. Ces questions sont examinées dans les parties qui suivent.

1.6 Qui fait quoi? Un tableau

Le tableau 2 montre comment les tâches effectuées dans le cadre du processus d'élaboration d'une constitution répertoriées et abordées à la partie 2, peuvent être menées à bien par les différentes institutions et organes définis et décrits à la partie 3. Il n'est pas nécessaire qu'un organe particulier soit désigné pour effectuer une tâche spécifique. Il se peut que dans ce manuel on indique parfois qu'un organisme est plus approprié qu'un autre pour accomplir une tâche donnée. Toutefois, nous sommes conscients du fait que les traditions nationales, le temps et les pressions financières, ainsi que d'autres facteurs peuvent limiter les choix

possibles dans un pays donné. Ce tableau n'est pas prescriptif – il vise à clarifier la relation entre les tâches et les institutions ;

Prenons quelques exemples de la première rangée du tableau 2.

- La préparation d'une feuille de route ou d'un calendrier pour le processus peut être confiée à une assemblée constituante (si celle-ci était en charge du processus). En l'absence d'assemblée constituante, ou lorsqu'elle intervient tardivement dans le processus, la feuille de route peut être préparée dans le cadre d'une loi ou par le législateur ; elle peut aussi avoir été établie dans le cadre d'un accord de paix, d'un processus de « table ronde » ou par le gouvernement. Souvent, la société civile et les partis politiques (et parfois la communauté internationale) auront des contributions à apporter – même s'ils n'ont pas le pouvoir de préparer une feuille de route contraignante ;
- Tous les segments de la société peuvent participer en formulant des idées nouvelles pour la nouvelle constitution ;
- La préparation de principes directeurs pour le processus et le contenu de la constitution peut s'effectuer de différentes manières. Parfois, une assemblée constituante s'en sera occupée peu avant le début du processus. Parfois, ces principes seront définis par la loi ou un accord politique (par un processus de paix ou des partis politiques) ; là aussi la société civile pourra y participer.

Tableau 2 : Qui fait quoi?

Tâches	Organes															
	Assemblée constituante	Conférence nationale	Assemblée	Table ronde	Commission constitutionnelle	Autres organes	Parties au processus de paix	Organes spéciaux	Experts	Organe de gestion d'élections	Gouvernement et services gouvernementaux	Tribunaux	Référendum	Société civile	Partis politiques	
Démarrage du processus							■				■			■	■	
Feuille de route	■	■	■				■		■		■			■	■	
Proposition d'idées	■	■	■	■	■	■	■	■	■		■			■	■	
Principes directeurs	■	■	■	■	■		■		■		■			■	■	
Éducation civique	■	■	■		■	■			■	■	■			■	■	
Consultations sur le projet	■	■	■		■	■			■	■	■			■	■	
Autres formes de consultation		■	■		■	■	■								■	
Soumissions							■				■			■	■	
Réception et traitement des avis	■	■	■		■	■		■	■	■	■		■	■		
Gestion des ressources	■	■	■	■	■	■		■	■	■				■		
Gestion des media	■	■	■	■	■	■		■	■	■		■				
Gestion des acteurs internationaux	■	■	■	■	■	■		■	■							
Élaboration des règles de procédure	■	■	■	■	■	■		■			■					
Calendrier	■	■	■	■	■	■	■	■	■		■			■	■	
Choix des questions	■	■	■	■	■	■	■	■	■		■		■	■		
Traitement des questions fractionnelles (organes spéciaux)								■				■	■		■	
Cohérence technique									■							
Préparation de propositions concrètes	■	■	■	■	■	■			■		■					
Rédaction technique du texte									■							
Adoption de la constitution	■	■	■	■								■	■			
Mise en œuvre			■						■		■	■		■	■	
Traitement des problèmes								■			■	■		■		
Suivi – évaluation	■	■	■		■				■		■					
Traitement des processus non aboutis			■	■	■						■			■	■	

Partie 2 : Tâches à accomplir dans un processus d'élaboration d'une constitution

Dans cet ouvrage, nous partons de l'hypothèse que les lecteurs participent ou pourraient être amenés à participer au processus d'élaboration d'une nouvelle constitution, ou souhaitent en comprendre ses implications – tout particulièrement lorsque ce processus implique une large consultation et participation de la population. Les étapes du processus diffèrent selon les traditions politiques et juridiques, le contexte, les conditions locales et d'autres paramètres.

Dans cette deuxième partie, nous allons passer en revue les différentes tâches qui composent le vaste « processus participatif d'élaboration d'une constitution ». Cependant, nous souhaitons faire une distinction entre les tâches à entreprendre et les structures qui servent à les mettre en place – c'est pourquoi ce dernier point ne sera abordé que dans la partie suivante. En effet, bien que ces deux composantes soient indissociables, il nous semble important d'éviter toute confusion en termes de terminologies, celles-ci pouvant varier d'un contexte national à un autre. Par exemple, des formules telles que « l'assemblée constituante se charge de ceci » ou encore « la commission se charge de cela » n'ont pas la même signification selon le contexte national et peuvent mener à confusion : dans certains cas il se peut que d'autres organes que l'assemblée constituante ou une commission soient chargés de mener les tâches ; et dans d'autres il est même possible que la notion d'assemblée constituante ou de commission n'existe pas. Dans cette partie nous allons donc étudier l'essence même de chaque tâche.

Afin de visualiser comment une tâche donnée sera effectuée dans un pays donné et quels sont les défis et les opportunités qui l'accompagnent, il sera nécessaire de réfléchir très rapidement à l'entité qui sera chargée de la mener à bien. Nous n'avons pas ici la prétention de dicter une ligne directrice, mais plutôt de partager les leçons tirées des expériences passées. Il appartient à chaque pays de décider, en fonction de ses ressources, de ses réalités et des pressions subies, comment accomplir les différentes tâches. Le tableau 2 (voir partie 1.6) indique les entités chargées des différentes tâches dans un certain nombre de processus d'élaboration de constitutions. Dans la troisième partie, qui porte sur les institutions et les structures, nous expliquons ce qu'elles ont produit dans le passé et pourraient faire à l'avenir.

Types de tâches

Le travail d'élaboration d'une constitution peut être comparé à la conception d'un grand bâtiment public. Ainsi, les autorités peuvent imaginer que leur tâche consiste à décider de

l'usage du bâtiment, de sa nécessité, de son emplacement, des installations et des espaces qu'il doit contenir, de son aspect, de sa conception et de sa construction afin d'atteindre les résultats souhaités. Elles pourront décider de consulter les citoyens en tant que futurs usagers, au sujet de la conception, de l'agencement et de l'emplacement ; des questions se poseront sur l'accessibilité pour certaines catégories d'usagers, tout comme les questions de délais, d'ampleur et de coûts des travaux.

De la même façon, dans le processus constitutionnel, il s'agira de prendre des décisions concernant la conception, les utilisateurs et l'usage du produit. Il faudra décider comment les citoyens seront consultés et comment mettre à profit leur contribution dans le processus. Il est vrai que les autorités municipales n'ont pas besoin de former leurs architectes, mais dans le cas d'un processus constitutionnel, il sera sans doute nécessaire de former les rédacteurs ainsi que la population, d'expliquer en quoi consiste une constitution, ce qu'elle peut et ne peut pas faire. Par ailleurs, le processus d'élaboration de constitution exige une administration assez complexe. Dans cette deuxième partie, nous proposons des sections qui portent sur les prises de décisions politiques et techniques, sur le processus qui permettent d'informer les décideurs et les citoyens et sur la manière dont on procède dans des consultations publiques. Une section est consacrée à la tâche précise de rédaction du document et une autre aux tâches administratives qui entourent ce type de processus.

Structure de cette partie

Nous avons opté pour une présentation chronologique des tâches à accomplir du début jusqu'à la fin des procédures d'adoption du processus, en ajoutant quelques informations sur sa mise en œuvre. Toutefois, certaines tâches reviennent plus d'une fois dans le courant du processus – notamment la consultation publique, qui peut intervenir au début du procédé pour répondre à des questions telles que : « Avons-nous besoin d'un processus d'élaboration de constitution ? » et dans l'affirmative « Comment le concevoir ? ». Par la suite, il faudra peut-être à nouveau consulter le citoyen en lui demandant : « Quels éléments souhaitez-vous voir inscrits dans votre nouvelle constitution ? » et plus tard encore « Que pensez-vous du projet qui a été élaboré ? ». D'autres tâches ont un caractère continu (le suivi et la gestion) ou répétitif (rédaction et remaniement). Nous avons, par conséquent, regroupé les tâches similaires : celles qui ont trait au citoyen, comme l'éducation civique et la consultation publique, celles qui sont de nature technique, comme le contenu de la constitution, ou encore les tâches administratives.

2.1 Les tâches à accomplir pour démarrer le processus

Toutes les tâches regroupées dans cette partie interviennent au début du processus d'élaboration d'une constitution et concernent principalement les questions de conception ou de modalités provisoires. Il s'agit ici de se demander comment le processus d'élaboration

ou de révision de la constitution doit se dérouler, et comment gérer la période de transition jusqu'à la mise en place d'une nouvelle constitution.

Nous commençons par la première étape logique : avons-nous besoin d'une nouvelle constitution ? Pour répondre à cette question, il sera nécessaire d'examiner la situation du pays en termes constitutionnels.

2.1.1 Point de départ

Tout pays qui envisage de se lancer dans un processus constitutionnel se trouve dans l'un des cas de figure ci-dessous :

- Le pays n'a pas de constitution du tout ;
- Le pays n'a pas de constitution satisfaisante ;
- Le pays est doté d'une constitution mais cette dernière doit être remplacée par une nouvelle ;
- Le pays envisage uniquement d'amender le texte existant.

Le premier cas de figure est rare mais cette situation peut se présenter quand un nouveau pays est créé à partir d'un pays existant, ou si plusieurs pays décident de constituer un nouvel État, peut-être fédéral. Il est beaucoup plus fréquent que la constitution devienne inacceptable à la suite d'un conflit ou d'un changement politique radical. Dans la plupart des cas, ce sont les institutions, la répartition des pouvoirs et l'accès aux ressources qui sont inacceptables. Mais il arrive aussi que le document existant devienne intolérable – en raison de ses auteurs – même si les nouvelles institutions ne diffèrent pas fondamentalement des anciennes. Parfois, la situation actuelle est tellement intolérable ou inacceptable qu'elle exige l'élaboration d'une constitution, processus qui se fera en deux étapes : d'abord, une constitution provisoire sera préparée, définissant des procédures sur la base desquelles sera ensuite élaborée une constitution définitive.

Les exemples suivants illustrent différents points de départ et les facteurs qui ont influencé les processus constitutionnels :

- **Timor-Leste** – ce pays a été créé à partir de l'Indonésie ; il a fonctionné pendant un certain temps sur la base des réglementations onusiennes, mais il avait besoin d'une constitution.
- **Afrique du Sud** – ce pays avait une constitution pleinement opérationnelle qui se fondait sur le refus ségrégationniste d'accorder les mêmes droits à l'ensemble de la population. Une constitution provisoire a été adoptée à la suite de négociations entre l'ancien régime et des représentants de la majorité. Elle est entrée en vigueur suivant les procédures prévues par l'ancienne constitution et a finalement été remplacée par une constitution définitive, élaborée sur la base des procédures provisoires définies.
- **Afghanistan** – ce pays avait été contrôlé par les Talibans dont le régime se conformait à la loi de la charia (bien que les Talibans aient toujours affirmé s'appuyer sur la constitution existante expurgée des éléments non-islamiques). Lorsque les Talibans ont été chassés du pouvoir, la seule constitution acceptable aux yeux des États-Unis d'Amérique et

des dirigeants afghans de la transition était celle de 1964 ; dépouillée de ses éléments royalistes, elle a été adoptée en tant que constitution provisoire.

- **Suisse** – ce pays avait une constitution datant de 1874 qui avait été amendée 140 fois. La changer était difficile mais étant donné qu'elle ne reflétait plus de nombreux principes communément admis, y compris en matière de droits de l'homme, il a été décidé de la remplacer par un nouveau texte.

2.1.2 Une nouvelle constitution est-elle nécessaire ?

Aucune constitution n'est parfaite, mais cela ne signifie pas que le pays ait besoin d'une toute nouvelle constitution. S'engager à la hâte en faveur de l'élaboration d'une nouvelle constitution peut être une erreur. Il est possible que certains insistent sur cette nécessité précisément parce qu'ils n'ont pas analysé les défaillances de la constitution existante. « Repartir de zéro » permet d'échapper, pour un certain temps du moins, à cette analyse approfondie. Avant d'entreprendre cette tâche majeure de révision de la constitution, il faut se poser la question : est-il vraiment nécessaire de se lancer dans cette aventure ?

Tout problème avec le gouvernement ne doit pas nécessairement se résoudre par l'élaboration d'une nouvelle constitution. Aux Philippines, le peuple a eu recours à plusieurs reprises au « pouvoir du peuple » pour écarter le régime en place mais en dépit de plusieurs initiatives prises pour mettre en place un système constitutionnel différent, le remplacement immédiat de l'ancienne constitution par une nouvelle constitution ne fut pas considéré comme une nécessité. Le rapport Kriegler sur la violence post-électorale observe que : « Il est important pour les Kenyans d'évaluer de façon objective toutes les activités qui ont entouré les élections générales de 2007 afin de faire une distinction entre celles qui s'expliquent par les anomalies, les défaillances et les fautes imputables à des lacunes ou à des dispositions de la constitution et des lois du Kenya et celles qui peuvent être attribuées à une culture d'impunité, de non-respect de l'État de droit ou encore à l'incompétence institutionnelle (Commission Kriegler, 2008) ».

Parmi les différents arguments invoqués contre l'élaboration d'une constitution, nous pouvons citer :

- **Le coût.** Il a été calculé que le processus d'élaboration d'une constitution sur le continent africain a coûté : l'équivalent de 30 millions de dollars américains à l'Afrique du Sud, 10 millions à l'Ouganda, 6 millions à l'Éthiopie et 4,5 millions à l'Érythrée (soit l'équivalent de 0,15 à 1,5 dollar par habitant).
- **Le risque de division.** Élaborer une constitution peut participer à la construction de la nation mais si les plaies sont trop récentes ou si le processus n'est pas encadré avec beaucoup de doigté, cela peut raviver d'anciens conflits ou en créer de nouveaux.
- **Le risque d'échec.** Dans la plupart des cas, si le processus d'élaboration de constitution n'a pas débouché sur la promulgation d'un nouveau texte, on pourra considérer qu'il a échoué.
- **Les constitutions devraient avoir un certain caractère permanent.** Une constitution fréquemment révisée n'en est plus vraiment une car elle ne permet pas d'orienter

ou de régler les affaires de l'État. Il n'est pas aisé de bien faire fonctionner une constitution ; ce n'est que lorsque la classe politique, les citoyens, les tribunaux et les autres institutions la prennent au sérieux et prennent les mesures qui s'imposent pour la faire fonctionner qu'elle peut donner de bons résultats. Il est illusoire de croire que la seule adoption d'une nouvelle constitution pourra régler les problèmes.

Aucun des arguments précités ne vise à affirmer qu'un exercice majeur d'élaboration constitutionnelle est superflu mais il est important de se demander si une nouvelle constitution est nécessaire ou nécessaire dans l'immédiat et s'il ne vaudrait pas mieux adopter une démarche graduelle, plus modeste.

Des démarches plus modestes

Dans certains pays, il suffira d'aborder un problème en ayant recours à la constitution, sans que cette dernière ne soit modifiée dans son ensemble. Il peut être plus pratique de mettre en place un processus simple de révision de la constitution en confiant à un noyau restreint d'experts une tâche limitée dans sa portée et dans le temps (avec la possibilité de procéder à une consultation publique) plutôt qu'un processus plus lourd et coûteux, et qui peut prendre du temps et même diviser l'opinion.

Il existe une corrélation entre la complexité des changements attendus et la sophistication du processus mis en place. D'une part, plus les changements sont fondamentaux, plus il sera nécessaire de prévoir une participation citoyenne. D'autre part, plus le processus est élaboré, plus il sera probable que des propositions ambitieuses en émanent, indépendamment du mandat initial. À titre d'exemple, l'assemblée constituante française originelle avait pour tâche d'approuver des fonds pour le roi. Pourtant, au fil du temps elle s'est muée en gouvernement et auteure de la constitution. Ce genre de situation s'est également produit en Afrique de l'Ouest où des conférences constitutionnelles nationales ont débouché sur des changements plus radicaux qu'initialement envisagés.

Une démarche plus modeste est-elle possible ? Même dans le cas de figure où il n'existe pas de constitution, il n'est pas forcément nécessaire de se lancer immédiatement dans un processus important d'élaboration de constitution, des arrangements limités et provisoires pouvant suffire. Israël est un exemple intéressant à cet égard. Le pays a été créé en 1948 et avait l'intention d'organiser une assemblée constituante mais il a été tout de suite envahi. La période 1948-1949 n'étant pas considérée comme propice compte tenu du potentiel de désaccord (en particulier sur le lien entre la religion et l'État), le pays a abandonné l'idée d'une assemblée constituante et a promulgué une constitution au fil des années par touches successives (en utilisant le modèle de gouvernement du Royaume-Uni comme cadre de base). Diverses tentatives visant à trouver un accord sur un seul document constitutionnel furent infructueuses. Au Chili et en Indonésie, d'importantes initiatives de réforme constitutionnelle ont échoué mais diverses modifications ont été apportées au fil des années en vue de mettre ces pays à l'abri de tout régime autocratique.

Un moment ultime pour élaborer une constitution ?

On dit parfois que certaines situations favorisent l'élaboration et l'adoption d'une nouvelle constitution. En effet, certains pensent qu'une crise ou la perception d'une crise imminente sont des conditions préalables à l'élaboration et adoption d'une constitution, puisqu'un pays en paix ne ressentira que rarement le besoin de se doter d'une nouvelle constitution. Si la perception d'une crise à venir est partagée par un grand nombre, elle peut avoir des effets positifs : elle insufflera un élan aux parties dont la rivalité empêche toute collaboration en temps ordinaire. Un sentiment positif et enthousiaste concernant l'avenir peut entraîner le même type de mouvement, bien qu'il soit rare aujourd'hui que tous les segments de la société partagent un sentiment d'excitation, comme l'a montré récemment l'expérience de la Bolivie.

Toutefois, plusieurs pays ont élaboré une constitution ou procédé à une révision majeure de celle-ci alors qu'ils étaient en paix. Le Canada, la Finlande et la Suisse en sont des exemples récents.

D'autre part, il n'est pas toujours aisé de prévoir les circonstances qui seront favorables à l'adoption d'une toute nouvelle constitution. Ceci est avéré, notamment lorsque le travail de révision est si important qu'il prend plusieurs années. Dans ce cas, le contexte à la fin du processus peut fortement différer des circonstances initiales. C'est bien ce qui s'est passé au Kenya ; une élection a eu lieu à mi-chemin dans le processus de révision de la constitution, et le nouveau gouvernement en place ne fut guère enthousiasmé par les modifications proposées.

Les moments constitutionnels n'aboutissent pas automatiquement à l'adoption d'une meilleure constitution. Ainsi, en 2012, le président du Sri Lanka a voulu tirer profit de sa victoire militaire contre les rebelles tamouls pour apporter des changements radicaux à la constitution, dont certains visaient à renforcer son pouvoir personnel et celui de sa fonction.

2.1.3 Démarrer le processus : les enjeux légaux et politiques

Dans ce chapitre, nous allons brièvement examiner les premières étapes d'élaboration d'une constitution. Des questions d'ordre juridique mais aussi d'ordre politique se posent – comment un groupe au sein de la société parvient-il à faire de l'élaboration d'une constitution une question nationale ?

Lorsqu'il n'existe pas de constitution

Dans le cas de figure rare où plusieurs États conviennent de se constituer en union, aucune constitution ne régit cette nouvelle entité. Ainsi, les États peuvent soit continuer de fonctionner avec leurs constitutions respectives, soit concevoir un dispositif de coopération provisoire dans l'attente d'un nouveau document collectif. Cet arrangement précisera sans doute les modalités du processus d'élaboration d'une nouvelle constitution commune.

Il est possible de citer quelques exemples récents de l'implication de la communauté internationale dans le travail d'élaboration de constitution dans des pays présentant

un « vide » constitutionnel, le Cambodge [1993], Timor-Leste [2002], l'Irak [2005], et la Somalie [processus en cours]. En Afghanistan en 2001, la constitution de 1964 a été provisoirement remise en vigueur par l'Accord de Bonn signé entre les forces afghanes, avec des amendements puisque la monarchie n'était plus opérationnelle. En Irak, les États-Unis – puissance occupante – ont orienté l'essentiel du travail de rédaction de la constitution provisoire. Il n'existait dans ces cas de figure aucune loi nationale régissant le processus d'élaboration de la constitution ni aucune loi pour s'y opposer, ce qui signifie qu'après un coup d'État, une partie voire l'intégralité de la constitution était généralement suspendue.

Tableau 3 : Calendrier des réformes constitutionnelles

Pays	Réforme constitutionnelle
États-Unis [1787]	Le Congrès peut approuver des amendements par un vote à la majorité des deux tiers ; deux tiers des assemblées des États fédérés peuvent convoquer une convention constitutionnelle
Portugal [1974]	Normalement, la constitution ne peut être revue plus d'une fois tous les cinq ans (mais le corps législatif peut décider à la majorité des quatre cinquièmes de procéder plus fréquemment à des révisions)
Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975]	Il faut procéder à un réexamen tous les trois ans
Fidji [1997]	Il faut procéder à un réexamen tous les sept ans
Suisse [1999]	Le Parlement, une chambre du parlement ou le peuple peut engager des changements
Kenya [2010]	Tout législateur peut introduire des amendements ; il faut un million de citoyens pour lancer un amendement

Lorsqu'il existe une constitution

Toute constitution en vigueur contient une disposition relative à sa modification, mais il est rare que le processus complet de modification soit précisé. La disposition se limite souvent à indiquer comment se fera l'adoption définitive d'un amendement.

Dans certaines constitutions, seuls sont mentionnés les termes « modification » ou « amendement » de la constitution ou de ses dispositions. Quelques constitutions mentionnent expressément la possibilité de promulguer un document complètement nouveau. Mais en l'absence d'une telle disposition il est difficile de savoir si le processus d'amendement peut servir à introduire une constitution complètement nouvelle. En 2008, la constitution kenyane a été modifiée en vue précisément de prévoir un mécanisme permettant l'introduction d'un nouveau document.

Certaines constitutions prévoient différentes procédures de modifications, selon les dispositions visées – différentes majorités requises au sein du parlement ou encore l'obligation d'organiser un référendum pour certains amendements précis (la constitution du Canada en est un exemple complexe). C'est l'une des raisons qui explique pourquoi il n'existe pas de procédure d'adoption d'une nouvelle constitution.

Quelques constitutions prévoient une réforme constitutionnelle. Il peut être précisé qui peut introduire un amendement – le gouvernement, les députés, le peuple – et le calendrier à respecter, ceci pour éviter de trop fréquentes modifications ou pour en assurer un examen périodique. Le tableau 3 indique quelques dispositions constitutionnelles relatives au lancement d'un processus de révision.

Certaines constitutions contiennent des dispositions qui ne peuvent pas être amendées du tout. La Cour suprême indienne a statué que certains concepts de la constitution (tels que le fédéralisme, le républicanisme et la laïcité) étaient si fondamentaux qu'ils devaient être immuables.

Des exemples de débuts du processus

Le tableau 4 montre comment le processus d'élaboration de constitution a été amorcé dans les pays où les lois en vigueur ne prévoyaient ni de mécanisme ni de point de départ à cet effet.

Tableau 4 : Les débuts de la révision de la constitution

	Pays				
	Israël [1948]	Bangladesh [1972]	Fidji [1997]	Afghanistan [2004]	Népal [processus en cours]
Ce que disait la législation existante	Déclaration de l'existence de l'État, adoptée par le pays lui-même : une nouvelle constitution devait être adoptée par une assemblée constituante élue	Aucune loi – étant donné que le Bangladesh faisait partie du Pakistan	La Constitution (elle-même survenue après un coup d'État) doit être revue dans un délai de 7 ans mais aucun mécanisme n'est prévu à cette fin	L'Accord de Bonn sert de cadre au processus : commission constitutionnelle et Loya Jirga constitutionnelle	Constitution : tout amendement requiert un vote à la majorité des deux tiers dans chaque chambre (mais la chambre basse n'a pas été convoquée quand le parlement a été convoqué)
Quelles mesures ont été prises ?	L'Assemblée s'est convertie en un parlement ordinaire et elle n'a pas adopté de constitution ; elle s'est appuyée sur un cadre institutionnel datant de la période du mandat britannique	À la proclamation de l'indépendance, tous les pouvoirs ont été concentrés entre les mains du président. La proclamation a été suivie d'une guerre contre le Pakistan. Après sa mise en liberté au Pakistan, le Président a promulgué une constitution provisoire, ordonné la mise en place d'une assemblée constituante qui a rédigé une constitution définitive	Le gouvernement (sous la pression intérieure et extérieure) a mis en place, en consultation avec l'opposition, une commission de révision. Cette dernière a préparé un projet qui a été soumis au parlement conformément aux dispositions de la constitution existante	Les mesures définies dans l'accord de Bonn ont été suivies – bien que le président ait décidé d'ajouter la création (par décret) d'un comité de rédaction de la constitution chargé de préparer un projet à soumettre à la commission constitutionnelle	Une constitution provisoire a été rédigée à travers un accord entre les partis politiques et elle a été adoptée par une chambre du parlement

La dimension politique du début du processus

Il arrive que l'impulsion du changement de la constitution vienne du gouvernement quand il s'aperçoit que le document existant est inapplicable, soit parce qu'il a été modifié trop souvent (cela a été le cas de la Suisse où un comité a été créé dans les années 1970 pour examiner la possibilité de modifier la constitution) soit parce que les circonstances l'ont rendu inadéquat (ce qui s'est produit en Finlande lorsque les députés ont réclamé une réforme afin de conférer un rôle plus important au parlement).

Malheureusement, cette pression venant de l'intérieur du gouvernement est susceptible de s'expliquer aussi bien par des intérêts personnels que par l'intérêt national. Le dix-huitième amendement à la constitution du Sri Lanka a été adopté sur demande expresse du président ; il supprime la limitation du nombre de mandats présidentiels, confère au président le pouvoir de nommer des personnes à des fonctions nationales importantes (y compris à la commission électorale) et à de nombreux égards, affaiblit la démocratie. C'est sur l'insistance du président qui a invoqué le caractère « d'urgence » de la situation que l'amendement a été adopté en un jour.

Les gouvernements hésitent souvent à se lancer dans une révision de la constitution qui les a porté au pouvoir. Aussi le processus d'élaboration d'une constitution est-il souvent le résultat de la pression venant de la société civile ou de réseaux politiques « informels ». Différents moyens tactiques permettent d'engager le processus : l'action constitutionnelle, l'action judiciaire, l'action intellectuelle, l'action académique ou encore l'initiative populaire. Souvent, il faudra une conjugaison de ces stratégies pour déclencher le processus.

L'action constitutionnelle peut être une initiative citoyenne (prévue de façon expresse dans certaines constitutions – voir tableau 5) ou un processus de pétition publique conforme à la constitution. Dans de nombreux cas, la constitution confère au parlement la décision de réviser le texte.

L'action judiciaire est coûteuse, chronophage et limitée dans sa portée. Cependant il arrive parfois qu'une affaire portée devant les tribunaux montre qu'il est nécessaire de modifier la constitution, (bien que souvent la modification se limitera à un point précis et ne concernera pas l'ensemble du texte). Dans ce cas, soit le tribunal critique ouvertement la constitution, soit l'issue d'un procès révèle les failles de la constitution.

Nous entendons par « action intellectuelle » des arguments rationnels en faveur d'une nouvelle constitution qui cherchent à convaincre la population et le gouvernement qu'il faut faire quelque chose. Pour reprendre l'exemple du Kenya, pendant les années 1990, plusieurs organisations ont produit des projets de nouvelles constitutions afin d'insister non seulement sur les carences de la constitution en vigueur mais de montrer aussi qu'il était possible d'envisager des alternatives réalisables.

Encadré 1. Le mouvement populaire colombien en faveur de la réforme

Parmi les cas particulièrement intéressants, citons celui de la Colombie [1991], où s'est développé un mouvement populaire en faveur de la création d'une assemblée constituante (même si selon la constitution en vigueur, la responsabilité de la réforme constitutionnelle incombait au congrès). Il a été proposé de faire voter le peuple sur cette motion, mais la loi interdisait des initiatives populaires par le biais d'un scrutin. Malgré tout, un bulletin de vote sur ce point a été publié dans la presse et cinq millions de personnes se sont prononcées en faveur de la proposition. Le président a eu recours à ses pouvoirs spéciaux pour inscrire par décret cette même question au futur scrutin présidentiel. Il a dû passer par la cour constitutionnelle qui a approuvé le décret s'appuyant sur la souveraineté du peuple. En fin de compte, le peuple a voté à 88 pour cent en faveur de la création d'une assemblée constituante.

« L'action académique », au sens d'écrits critiques de la constitution dans des ouvrages et des revues, est peu susceptible d'avoir un grand effet. Toutefois, elle peut donner des armes aux militants, aux membres éclairés des médias et aux juristes pour engager une action judiciaire.

Parmi les « initiatives populaires », citons les exemples de citoyens qui s'organisent pour demander un changement de constitution en créant une commission informelle, ou qui consultent les citoyens pour recueillir leur avis sur la question.

2.1.4 La conception du processus

Toutes sortes de facteurs auront une influence sur les questions de conception de la constitution. Cependant, notre souci ici n'est pas tant la conception elle-même, mais plutôt le processus de conception.

Le contexte historique et culturel d'un pays donné a une influence sur le type de processus qui sera mené. Certains pays ou régions partent de principes bien définis sur la manière dont le processus sera mené. Par exemple, dans plusieurs pays d'Amérique latine, les assemblées constituantes sont souvent consultées à cet égard. Les pays francophones d'Afrique de l'Ouest ont eu souvent recours à des conférences constitutionnelles. Au Nigeria, une commission est généralement mise en place suivie d'une assemblée, modèle également utilisé en Afrique de l'Est.

La plupart du temps, quand les pays se demandent comment concevoir le processus d'élaboration de constitution, ils se trouvent dans une situation de crise, ou du moins, des tensions sont palpables au sein de la société. Dans bien des cas, aucun ministère du gouvernement ne prend de décisions de manière détachée sur des questions techniques vis-à-vis du processus. En effet, il est fort probable que les modalités du processus fassent l'objet

de négociations entre les partis politiques ou entre des groupes belligérants (également ceux appartenant à des époques passées), ce qui peut rendre le processus très long. Par ailleurs, la pression exercée en vue de démarrer le processus, accompagnée d'un sentiment d'urgence, peut être si forte que les décisions concernant le processus seront prises à la hâte. Néanmoins, il est difficile de dicter un « bonne » manière de concevoir le processus puisque tout dépendra du pays et des circonstances.

Il serait utile d'observer comment certains pays s'y sont pris. En Afrique du Sud [1996], le processus d'élaboration de la constitution définitive a été énoncé dans la constitution provisoire. Cette dernière était elle-même le fruit de négociations entre les principaux partis politiques. Cette démarche semble avoir donné de bons résultats dans ce pays car les partis politiques jouissaient d'une grande légitimité aux yeux du peuple. Toutefois, dans d'autres pays, les partis peuvent représenter un élément de conflit qui a pu influencer la volonté de se doter d'une nouvelle constitution. Au Kenya, les grandes lignes du processus ont été établies par une conférence nationale à laquelle ont participé les partis politiques mais aussi la société civile. Au Népal, les partis ont tenté de garder la maîtrise du processus de conception. Dans ces pays, certains groupes de la société, en particulier des groupes ethniques, ont voulu à tout prix imposer leurs priorités aux partis politiques. Or, les partis étaient peu enclins à prendre ces groupes au sérieux, ce qui a poussé ces derniers à semer le trouble ou à avoir recours à la violence. À ce moment-là, le gouvernement a été obligé d'écouter et d'accepter (bien qu'à contrecœur) de convenir du processus (celui-ci portait la plupart du temps sur le système de représentation au sein de l'assemblée constituante). Ce processus de conception fut bancal et pris beaucoup de temps.

Dans de nombreux pays, la réforme est née du sentiment d'exclusion ressenti par certains pans de la société. Si la constitution est considérée comme un remède à ce problème, il semble logique que son processus d'élaboration soit inclusif. C'était ce que revendiquaient de nombreux groupes au Népal. Il y a une vaste littérature sur la question du besoin d'ouvrir les négociations de paix à tous. On pourrait utiliser les mêmes arguments pour le processus d'élaboration de constitution, qui peut lui-même s'inscrire dans le processus de paix. La résolution 1325 [2000] du Conseil de sécurité des Nations Unies demande la participation pleine et égale des femmes au processus de paix. Dans de nombreux cas, elles ont été exclues alors même qu'elles ont participé à la lutte armée. La marginalisation de certaines communautés est courante, comme c'est le cas, par exemple, des Dalits en Asie du Sud. En outre, l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques accorde désormais le droit de participer à l'élaboration constitutionnelle selon certaines interprétations. Il devrait aussi être compris comme affirmant le droit d'être associé ou du moins consulté pour la conception du processus.

Divers facteurs peuvent entraver la bonne conception du processus, notamment l'attention donnée à sa préparation. C'est le cas des négociations de paix, qui nécessitent une minutieuse préparation – la personne assumant la présidence sera choisie avec soin tout comme le lieu et même le plan des sièges. En revanche, la conception du processus d'élaboration de constitution n'est pas toujours aussi méticuleuse. Il arrive que les juristes décident

qu'un tel processus est une question technique qu'ils sont les mieux à même de régler. La tendance consistera parfois à suivre le même schéma que le processus antérieur, même si la constitution ainsi élaborée était imparfaite.

Il serait utile de convenir au préalable de certains principes fondamentaux que doit respecter le processus d'élaboration constitutionnelle et même de certains éléments de la nouvelle constitution, sujet sur lequel nous reviendrons dans le courant de ce chapitre.

La table des matières de cet ouvrage, surtout pour la troisième partie qui a trait aux institutions et aux processus, est une bonne indication des différents points que les concepteurs du processus doivent avoir à l'esprit. De façon générale, ces points sont les suivants :

- Qui décide – et qui doit pouvoir participer à la discussion même s'il ne s'agit pas de prendre les décisions définitives ?
- Financement – combien le processus va-t-il coûter, d'où proviennent les fonds et qui sera chargé de rendre des comptes ?
- Calendrier – faut-il en préparer un, et dans l'affirmative, doit-il être inflexible ou assez souple et ouvert au changement ? Doit-il être serré ou prévoir, au contraire, beaucoup de temps ?
- Adoption – comment la nouvelle constitution doit-elle être adoptée – par l'organe qui l'a discutée et décidée, par le président qui signe habituellement les lois ou par le peuple par voie référendaire ? Doit-il y avoir d'autres conditions préalables ?
- Qualité technique – comment garantir la qualité technique du texte ?
- Transparence – comment le citoyen sera-t-il associé, quels parties des travaux officiels seront publics et quel sera le rôle des médias ?

Qui est chargé de la conception ?

Les décisions sur ces questions sont de nature hautement politique et feront l'objet de négociations ardues. Prenons l'exemple des Fidji : la question de la composition de la commission qui devait rédiger le projet de constitution a été âprement débattue par le gouvernement et les principaux partis politiques. Combien de membres la commission doit-elle compter (surtout pour être jugée représentative) ? Doivent-ils tous être ressortissants du pays ou faut-il réserver un certain nombre de sièges aux étrangers ? Le président doit-il être originaire du pays ou de l'étranger, et si oui de quel pays ? Aux Fidji toujours, les termes de référence de la commission constitutionnelle ont été longuement discutés. En 1987, dans les termes de référence de départ, il était prévu « de proposer au Gouverneur général des amendements qui garantiront les intérêts politiques des Fidjiens autochtones et ce faisant tiendront compte des meilleurs intérêts des autres peuples des Fidji ». Face à l'objection des forces d'opposition (largement composées des « autres peuples »), les termes en italique finalement retenus furent : « en tenant pleinement compte des intérêts des autres peuples des Fidji ». Puis en 1995, le gouvernement a voulu restreindre les modifications à la constitution de 1990 et réaffirmer dans les termes de référence la primauté des intérêts des Fidjiens de souche tandis que l'opposition voulait une réforme complète et l'équité pour toutes les communautés.

La conception du processus constitutionnel peut, dans une certaine mesure au moins, être réalisée dans le cadre des négociations dans un processus de paix. Dans certains pays, la conception est passée par une consultation publique ou la consultation d'un organe jouissant d'une légitimité du peuple. En Équateur, vers le milieu des années 1990, une question a été exceptionnellement soumise à un référendum populaire à caractère non exécutoire : les délégués de l'assemblée constituante devaient-ils être élus au suffrage direct comme c'est le cas des députés ou être élus par des mouvements sociaux ?

Chronologie

Tout processus participatif suppose d'accomplir certaines tâches, mais leur chronologie diffèrera en fonction du processus d'élaboration de constitution retenu. Si le déroulement logique de certains événements est évident, pour d'autres les avis diffèrent sur l'ordre chronologique à appliquer. La différence la plus marquée concerne l'étape de préparation du projet de constitution. La problématique se présente comme suit :

- Faut-il procéder à une consultation publique même en l'absence de tout projet ? Ou, au contraire, faut-il demander l'avis de l'opinion publique en se basant sur un projet ou des propositions concrètes ?
- L'assemblée constituante doit-elle commencer ses débats sur la base d'un projet de texte ?

Le fond du problème est de savoir dans quelle mesure il faut chercher à connaître l'opinion du peuple, que ce soit par consultation directe ou par le biais d'une assemblée constituante, sur la base de propositions concrètes ou de façon plus abstraite.

D'où doit provenir le projet de texte sur lequel l'opinion du peuple sera demandée ? Trois options possibles se présentent : le projet émane d'un ou de plusieurs partis politiques, d'une commission ou d'un comité, ou d'un seul expert.

Les principaux arguments en faveur de la présentation « ultérieure » d'un projet de texte, sont que l'existence d'un projet est susceptible d'entraver une libre discussion et a tendance à façonner l'opinion que le citoyen se fera de l'assemblée. Les appréhensions ne sont pas les mêmes si le projet de texte est présenté par des partis politiques, par une commission indépendante ou encore par un seul expert technique. En effet, on peut penser que les débats pourraient être entravés par l'opinion d'un parti politique, par le compromis politique dégagé au sein d'une commission ou par le conservatisme d'un seul juriste.

Mais d'autre part, si la consultation publique a lieu sans débat structuré fondé sur des propositions concrètes, l'on peut craindre un flottement de l'opinion publique qui ne cernera pas la nature de la constitution ni la manière dont elle peut contribuer à son élaboration. Certains craindront que le peuple ait des attentes trop grandes vis-à-vis de la constitution. Cet argument reflète en soi une vue bien précise du champ d'application idoine d'une constitution, et renvoie à la question de savoir si une constitution doit établir des droits économiques, sociaux et culturels.

Au Brésil, l'idée d'avoir une assemblée constituante en charge du projet de texte a été largement rejetée car ce projet serait « un instrument dangereux de contrôle sur l'assemblée ». Au Timor-Leste, le Fretilin, parti dominant au sein de l'assemblée, a pu orienter en grande partie la discussion en faisant en sorte qu'elle se base principalement sur le projet de constitution qu'il avait lui-même préparé.

Aux Fidji, au Kenya et en Ouganda, la consultation publique a eu lieu avant la rédaction du premier projet de texte. En Afrique du Sud, la constitution provisoire a été le fruit de négociations entre les partis. La consultation publique a été organisée sur la rédaction de la constitution définitive, largement inspirée de la constitution provisoire. Cette dernière a donc servi dans une grande mesure de projet de texte soumis à débat.

Encadré 2. Le processus kenyan [2010] et le processus de Bougainville [2004]

Dans le processus kenyan, si le délai prévu pour la première étape (élaboration d'un projet) n'a pas été précisé, en revanche des limites strictes ont été prévues pour les étapes ultérieures. Par conséquent, le comité d'experts avait pour tâche de répondre aux observations des citoyens et amender son projet dans un délai de vingt-et-un jours à compter du 17 décembre (y compris le jour de Noël et le jour de l'An) alors que les membres et le personnel du comité avaient déjà prévu de partir en vacances.

À Bougainville, d'importantes modifications de la constitution de Papouasie-Nouvelle-Guinée destinées à donner suite aux dispositions de l'Accord de paix de Bougainville de 2001 furent approuvées par le parlement de Papouasie-Nouvelle-Guinée en mars 2002. Toutefois, les amendements ne sont entrés en vigueur que lorsque la mission d'observation des Nations Unies a déclaré que les milices de Bougainville impliquées dans un conflit sécessionniste complexe avaient respecté les mesures de désarmement convenues. Ce n'est qu'à ce moment (juillet 2003) que Bougainville a pu prendre les principales mesures prévues dans la constitution amendée de Papouasie-Nouvelle-Guinée en vue d'adopter une constitution infranationale portant sur la création du Gouvernement autonome de Bougainville.

2.1.5 Calendriers

Un processus d'élaboration de constitution conçu (par opposition à un processus graduel de changement constitutionnel) inclut habituellement un calendrier et une chronologie des événements, ce qui est souhaitable pour diverses raisons ; il faut savoir saisir le « moment constitutionnel » (voir partie 2.1.2), maîtriser les coûts du processus et s'assurer que des intérêts particuliers ne viennent pas hâter le processus ou, au contraire, l'éterniser. Se tromper dans le calendrier peut avoir différentes incidences :

- Un document manquant de légitimité aux yeux des citoyens ;
- Un document de mauvaise qualité ;

- Aucun document n'est produit – car l'enthousiasme s'estompe et le peuple tend à se satisfaire de ce qu'il a, ou alors la constitution provisoire devient (ou est modifiée pour devenir) une constitution définitive.

Une feuille de route peut s'appliquer de différentes manières ; elle peut :

- Ne contenir qu'une date butoir avant laquelle une nouvelle constitution doit être adoptée sans autre indication de délai ou de chronologie des événements (ce qui est inhabituel car si l'on spécifie les tâches à mener elles sont assorties d'une chronologie explicite ou implicite, ne serait-ce qu'en termes généraux) ;
- Préciser de manière approfondie les tâches et l'ordre dans lequel elles doivent être menées sans fixer de délais ou uniquement une date butoir ;
- Définir de manière très générale les tâches sans indication claire du moment où elles doivent être accomplies (par exemple, exiger de « consulter les citoyens » sans indiquer si cette consultation doit se faire avant tout autre tâche, uniquement lorsque le projet de texte est fin prêt ou les deux) ;
- Indiquer en détail le déroulement des événements assorti de délais précis ;
- Prévoir une combinaison de ces démarches ;
- Programmer les événements non dans le temps mais par rapport à d'autres événements figurant dans l'accord de paix (comme à Bougainville, Papouasie-Nouvelle-Guinée, voir annexe A.9).

Jusqu'à quel point un calendrier doit-il être détaillé ? Il est difficile de prévoir avec précision combien de temps durera chaque étape du processus. Il est vrai qu'il est possible de programmer des réunions à des fins d'éducation civique ainsi que pour recueillir l'avis des citoyens, mais le niveau d'enthousiasme de ces derniers aura une incidence sur le temps nécessaire pour analyser les points de vue exprimés (voir la partie 2.2.4). Parfois, un surcroît de temps et de ressources sera nécessaire. L'idéal serait de prévoir suffisamment de temps pour chaque étape faute de quoi on court le risque de devoir raccourcir ou, au contraire, rallonger le temps prévu pour les autres étapes.

Encadré 3. Des délais préjudiciables

Certains processus pilotés par les Nations Unies ou par des gouvernements étrangers ont été gravement affectés par des délais imposés de l'extérieur (par exemple, en Afghanistan [2004] et en Irak [2005]). Cette pression extérieure a non seulement causé du ressentiment mais a aussi empêché les processus locaux d'être pleinement menés à bien. En Irak, des questions importantes sont restées sans réponse et le restent encore aujourd'hui (voir partie 4.2. annexe A.1 et annexe A.6). N'oublions pas qu'en règle générale les processus complexes de ce genre qui impliquent un travail d'éducation civique, des consultations publiques, la préparation de projets de texte et des débats au sein d'une assemblée constituante ou d'un autre organe similaire peuvent durer plusieurs années.

Il est vrai que certains facteurs peuvent laisser penser qu'il y a urgence :

- Le risque de retomber dans un conflit ;
- Le risque de coup d'État (ce qui explique pourquoi aux Philippines le processus de rédaction de la constitution de 1987 a été achevé en l'espace de six mois) ;
- Le désir d'achever le processus avant la tenue des élections (soit parce que l'on sait qu'un nouveau gouvernement s'opposera au changement ou encore parce qu'avant les élections, il est difficile pour les différents acteurs politiques de savoir comment telle ou telle disposition pourra jouer en leur faveur) ;
- Des pressions de l'extérieur (d'ordre financier ou autre).

Toutefois, il ne faut pas précipiter le processus. En effet, il faut prévoir suffisamment de temps pour expliquer aux citoyens en quoi consiste une constitution, former les acteurs politiques, permettre aux citoyens de se faire une opinion et de la faire connaître, examiner tous ces points de vue, et dégager un consensus autour de questions délicates. Pour décider ce que signifie « suffisamment » de temps, il est utile de tenir compte des points suivants :

- Le niveau de connaissance de la population et d'éducation civique qui lui a été prodigué ;
- Le contexte et la communication – comment va-t-on faire connaître le processus aux citoyens et par quel biais ces derniers peuvent-ils communiquer leurs opinions ;
- Prévoir du temps pour prendre en compte les points de vue exprimés (sinon ils seront simplement rangés au fond d'un tiroir et oubliés) ;
- La nécessité de faire élire l'assemblée constituante ;
- L'implication à temps plein ou à temps partiel des participants au processus (par ex. les membres de la commission ou de l'assemblée constituante) ;
- Le volet financier (déterminant pour savoir, par exemple, si la commission va travailler à temps plein ou si l'on va faire appel à d'autres personnes pour examiner les propositions).

Les concepteurs doivent prendre en compte les dispositions législatives ou constitutionnelles en vigueur prescrivant certains délais (par exemple, prévoir un certain laps de temps entre les différentes étapes du débat parlementaire).

Qui doit décider du calendrier ?

Certains acteurs veulent obtenir une constitution rapidement ou alors, au contraire, prolonger le processus, tandis que d'autres ne veulent pas de constitution du tout. En conséquence, le choix de la personne qui doit fixer le calendrier sera déterminant pour la réussite ou l'échec de l'entreprise. En effet, il est important d'être conscient des facteurs suivants :

- En tant que groupe, la classe politique pourrait souhaiter améliorer ses chances d'être élue en produisant une constitution à tout prix, quelle que soit sa qualité ;
- À titre individuel, les politiciens pensent qu'une nouvelle constitution leur donnera la possibilité d'être réélus (certains présidents ont avancé cet argument : si une nouvelle constitution entre en vigueur, l'ancienne limitation du nombre de mandats devient caduque !)

- Les participants au processus qui ne sont pas issus du monde politique peuvent trouver leur rôle plaisant, et même financièrement gratifiant, auquel cas ils souhaiteront prolonger le processus aussi longtemps que possible ;
- Les acteurs internationaux veulent souvent avoir une idée précise de la date de sortie du texte et sont prêts à sacrifier la qualité à la rapidité (voir la partie 4.2).

Rigidité ou flexibilité?

Il n'est pas inhabituel que les délais soient prolongés. Cette flexibilité peut certes être accordée à l'organe constituant mais faute de limites, une totale latitude rendrait tout calendrier inutile. Suivant les circonstances politiques, il se peut que l'on ressente le besoin d'accélérer le rythme. Dans d'autres cas, la décision de prolonger ou non le délai peut être confiée au même organe qui a initialement fixé le calendrier, qu'il s'agisse des parties à un accord de paix, du parlement, de parties étrangères, etc.

Au Népal, la constitution de transition prévoyait la possibilité exceptionnelle de proroger le délai de six mois au cas où un état d'urgence causerait du retard. Cette prorogation pouvait être décidée par résolution de l'assemblée constituante elle-même (largement contrôlée par les partis) adoptée à la majorité des membres présents et votants.

Les facteurs susceptibles de contribuer à l'achèvement des travaux en temps voulu

Si le calendrier est réaliste, il a davantage de chances d'être respecté mais d'autres facteurs entrent également en ligne de compte :

- La personne en charge de présider et gérer le calendrier (quel que soit l'organe ou la structure de gestion) doit proposer une éthique de travail aux participants et leur faire prendre conscience de l'importance du facteur temps ;
- L'engagement politique est crucial, de sorte que si les acteurs demandent une prorogation, ils en seront dissuadés de peur de « perdre la face » ;
- S'assurer que la population comprend et, dans l'idéal, soutient le calendrier ;
- Instaurer des mécanismes de résolution de questions particulièrement délicates (voir partie 2.5.2) ;
- Faire en sorte que la participation au processus ne soit pas trop lucrative ;
- Essayer de faire en sorte que le soutien financier soit suffisant ;
- De façon générale, gérer efficacement le processus et introduire des mesures pour éviter la corruption (voir partie 2.3).

Que se passe-t-il lorsque le délai est écoulé?

La réponse juridique à cette question se trouve dans le document dans lequel le délai a été fixé.

- Au cas où ceci implique d'abandonner tout le processus, alors la constitution existante restera en vigueur. Or, cette dernière peut être un texte provisoire qui ne se prête pas à une

- application dans le long terme, ou encore une constitution complète mais insatisfaisante ;
- Le document dans lequel le délai a été fixé peut exiger la tenue d'une élection suivie de la relance du processus (comme cela a été le cas en Irak).

Comment faire respecter le calendrier ?

Un calendrier imposé de l'extérieur, qui prétend être juridiquement contraignant ou non, peut être « exécutoire » précisément pour les raisons pour lesquelles il a été imposé au départ, notamment une réalité politique ou économique difficile. Il existe de réelles pressions telles que le retrait imminent des forces de sécurité ou l'immédiate disponibilité de l'aide extérieure. Les États sortant d'un conflit sont souvent vulnérables et divisés.

Cependant, des compromis sont parfois possibles. Au Timor-Leste, le calendrier initial était complètement irréaliste et a dû être prorogé. Malgré cela, il demeurait insatisfaisant et si du temps supplémentaire avait été accordé, la constitution aurait pu finalement être de meilleure qualité.

En Irak, la constitution a été élaborée selon un calendrier imposé en grande mesure par les États-Unis. Néanmoins, les États-Unis eux-mêmes n'ont pas pu empêcher l'assemblée constituante d'amender la constitution cinq minutes avant l'expiration du délai prescrit dans la constitution provisoire. Une longue prorogation n'étant pas réalisable, le résultat est une constitution incomplète avec des problèmes qui n'ont pas été correctement réglés. Avant même l'adoption de la constitution, il a été promis à certains segments de la société qu'elle serait revue et parachevée tout de suite après les élections.

Si l'assemblée constituante est aussi un parlement, il sera difficile de l'empêcher d'amender le cadre constitutionnel ou législatif (comme au Népal) même à un prix politique élevé.

Exemples de calendriers

La convention constitutionnelle aux États-Unis a duré pratiquement quatre mois et la ratification par les États fédérés quarante mois supplémentaires. L'assemblée constituante de l'Inde a siégé de 1946 à 1949 (il est vrai qu'elle a été gravement affectée par la Partition). Le processus érythréen a duré trente-huit mois à partir de la proclamation de l'assemblée constituante jusqu'à la ratification de la constitution. Le processus sud-africain s'est poursuivi pendant cinq ans à compter du début des négociations multipartites jusqu'à l'adoption de la constitution définitive.

La commission ougandaise a élaboré un projet de constitution de 1989 à 1993 et la constitution définitive a été adoptée en 1995. Diverses raisons expliquent pourquoi le processus a été si long : une consultation publique approfondie conformément aux dispositions législatives portant sur la création de la commission et un manque de ressources.

L'assemblée constituante du Timor-Leste [2002] a mis cinq semaines à préparer son règlement intérieur, l'assemblée constituante de la Bolivie [2009] sept mois. L'assemblée du Bangladesh [1972] n'a eu besoin que de deux jours car elle s'est appuyée sur les règles parlementaires en vigueur.

La consultation publique devant avoir lieu au début du processus a duré environ quatre mois au Kenya [2005], presque trois mois aux Fidji [1997] ; au Rwanda [2003] il a fallu environ six mois pour procéder à l'éducation civique et à la consultation publique.

La rédaction du projet de constitution qui devait être soumis à consultation publique a duré deux mois au Rwanda [2003] et un mois au Kenya [2005] mais un travail préliminaire important avait été accompli dans ce dernier pays et sans doute dans le premier également.

La consultation publique sur un projet de constitution ou sur des propositions concrètes a duré une semaine au Timor-Leste [2002] et environ quatre mois en Érythrée [1997]. Il était clair pour tous que la période d'une semaine au Timor-Leste était trop courte mais elle était le résultat d'une forte pression exercée pour achever le processus.

Les débats sur le projet de constitution au sein de l'assemblée constituante en Afghanistan [2004] ont duré deux semaines, cinq mois au Timor-Leste [2002], onze mois en Inde [1950] et au Kenya [2005]. Le processus afghan consistait dans l'ensemble à approuver le texte sans discussion tandis qu'au Timor-Leste, où il n'y avait pas de commission distincte, l'assemblée a supervisé pratiquement tout le processus. En Afghanistan [2004] et au Kenya [2005], c'est une commission distincte qui a préparé la constitution. En Inde, l'assemblée constituante jouait en même temps le rôle de parlement et au Kenya tous les députés étaient membres de l'assemblée constituante ce qui signifie que lorsque le parlement était en session, l'assemblée ne pouvait pas se réunir.

Des campagnes référendaires pour ou contre un projet complet de constitution ont duré moins de quatre semaines en Albanie, un mois au Venezuela, cinq semaines en Espagne et trois mois au Kenya.

Ces chiffres, qui ne sont que d'une utilité limitée pour les planificateurs, visent simplement à montrer à quel point les calendriers peuvent varier et quels sont les facteurs qui peuvent les influencer.

2.1.6 La base juridique de la conception d'une constitution

Le processus d'élaboration d'une constitution peut s'appuyer sur différentes bases juridiques, et nombreux sont ceux qui se fondent sur une combinaison de documents et de dispositifs, certains prenant la forme de lois et d'autres de considérations administratives ou informelles.

Il peut être conçu dans une ambiance d'euphorie – surtout si la paix vient d'être rétablie. Mais le processus doit pouvoir résister à l'épreuve du temps, quand l'euphorie s'estompe et que les tensions refont surface. Pour ce faire, non seulement il doit être bien conçu, mais il est important aussi d'accorder une attention à la forme juridique du processus. Peu de constitutions décrivent dans le détail tout le processus et il importe que les concepteurs du processus étudient minutieusement les besoins qui existent pour s'assurer que le nouveau document soit valablement adopté.

Il sera peut-être nécessaire d'adopter une loi afin de décrire le processus. La loi kenyane sur la révision de la constitution en est un exemple. Parfois, il s'agit d'un décret-loi. Ceci peut se

faire dans le cadre des pouvoirs généraux conférés par la constitution ou en vertu d'un texte de loi. Dans certains pays, la réforme constitutionnelle a été menée par une commission en vertu d'une loi qui permet au gouvernement (ou uniquement au président) de mettre en place une commission d'enquête. Lorsqu'il s'agit d'une vraie situation de révolution, il se peut qu'il n'existe pas de constitution, auquel cas la conception du processus doit faire partie des accords conclus entre les différentes parties prenantes. Il se peut encore qu'il n'existe pas de moyens de légiférer.

Quelles sont les implications de la forme juridique du projet de texte ? Et plus important sans doute, le processus est-il susceptible d'être interrompu une fois qu'il est enclenché ? Un décret-loi peut être « annulé », une loi abrogée. Un accord entre les parties n'a pas de valeur juridique au sens technique (par exemple, un tribunal a le droit de refuser d'entendre une cause au motif que l'une des parties a rejeté un tel accord éminemment politique). Au Kenya, on a longuement débattu de la question de savoir si le processus devait être inscrit dans la constitution en vigueur – de crainte que des intérêts particuliers n'y interfèrent. Il s'est avéré que ces craintes étaient bien fondées au Kenya, par exemple, où l'on s'est servi des tribunaux pour freiner (sinon interrompre) le processus.

La forme juridique du projet de texte est importante à d'autres égards. Certaines formes sont plus acceptables ou légitimes que d'autres aux yeux de groupes de la société autrefois opposés. Il est fort possible qu'un décret-loi promulgué par une seule personne ne jouisse pas du soutien national que certains souhaiteraient voir.

De nombreuses questions concernant le projet de texte méritent d'être examinées de près. Jusqu'où doit-il entrer dans les détails ? Est-il possible de le modifier ? Doit-il simplement servir d'orientation générale ou doit-il avoir force contraignante pour les organes chargés de l'élaboration d'une constitution ?

Les juristes accordent une importance particulière à certains aspects de cette question juridique, notamment à propos de la continuité juridique : le nouveau régime, qu'il soit provisoire ou permanent, doit-il être légal du point de vue de l'ancien régime ? En Afrique du Sud, le régime qui existait jusque dans les années 1990 n'avait aucune légitimité de l'avis de la majorité des citoyens et il avait fait l'objet de sanctions internationales. On pourrait affirmer qu'il était illégal. Toutefois, il a été décidé d'avancer progressivement vers une nouvelle constitution en continuant d'appliquer les procédures prévues par la législation en vigueur. C'est ainsi que la constitution provisoire de 1993 a été adoptée conformément aux procédures établies dans la constitution datant de l'apartheid, car l'on pensait que cela conférerait une base juridique solide à la constitution définitive de 1996.

Cependant, certains pays ont décidé d'opter délibérément pour une rupture juridique avec le passé. Ils insistent sur le fait que la base de la nouvelle constitution ne doit pas reposer sur des lois du passé (y compris les lois d'une puissance coloniale) mais plutôt sur l'expression de la volonté du peuple.

Il faut avouer que parfois l'argument de la continuité juridique n'est qu'un piètre prétexte. En cas de coup d'État amenant un régime militaire au pouvoir, dans des conditions clairement

illégal, ce dernier peut décider de maintenir en vigueur certaines parties de la constitution tout en abrogeant ou en suspendant d'autres parties qui ne lui conviennent pas ou qui sont inapplicables du fait de l'absence de parlement. Le régime emprunte cette voie pour se donner une (fausse) légitimité. L'importance d'une constitution réside dans le fait qu'elle a force de loi pour le peuple et les autorités même lorsqu'elle leur déplaît. Dès lors que l'on déclare que l'on n'est lié que par les parties de la constitution qui nous conviennent, autant dire qu'en réalité il n'existe pas de constitution.

Certains pays n'ont pas leur mot à dire concernant la nature du projet de texte puisque ce dernier est préparé par les Nations Unies ou par des acteurs internationaux et qu'il prend la forme d'une résolution du Conseil de sécurité ou d'un accord international. Mais il est rare qu'un mécanisme international entre dans les détails du processus même si le calendrier imposé aura des conséquences inévitables sur certains aspects du processus, tels que l'ampleur de la consultation publique.

Si l'idée du moment constitutionnel a une quelconque importance, il est probable que le véritable moment clé se présente au moment de la conception du processus et beaucoup moins au moment de son application. C'est sans doute le moment où l'optimisme bat son plein et où les concessions sont faites volontiers, ce qui confère une importance et une responsabilité particulières aux concepteurs. Pourtant, ces derniers ne s'en rendent pas toujours compte ou ne se concentrent que sur certains aspects. Au Népal, il était évident que toute l'attention était centrée sur la composition de l'assemblée constituante – sur le nombre de membres qui allait représenter telle ou telle partie prenante. Peu d'attention a été accordée à la question de savoir comment travaillerait l'assemblée constituante ou encore à la participation citoyenne aux délibérations.

Les accords de paix (une dynamique parfois purement interne au pays mais qui implique la communauté internationale, y compris les Nations Unies et d'autres acteurs internationaux clés) ont constitué en grande mesure le cadre d'élaboration de la constitution en Afghanistan [2004] et au Népal [processus en cours].

Encadré 4. « Légalité révolutionnaire » et « Nécessité »

À la suite d'une prise de pouvoir militaire ou d'une crise qui rend impossible (ou du moins c'est ce qu'affirment ceux qui sont au pouvoir) le processus normal de gouvernance et d'élaboration de constitution, les tribunaux auront parfois à statuer sur la légalité d'un régime. Ils trouvent généralement le moyen de justifier le régime qu'ils servent. Ils le feront en invoquant les arguments de « nécessité », de « légalité révolutionnaire », ou les deux. La première expression a été utilisée dans les républiques socialistes de l'Europe de l'Est, leur légalité se fondait sur la révolution et sur la soi-disant volonté du peuple. L'expression a aussi été utilisée par Hans Kelsen, le célèbre théoricien du droit autrichien, et adoptée dans un certain nombre de dossiers

dans des contextes non-socialistes (Kelsen, 2002). L'argument clé est formulé ainsi : les meneurs du coup ont constitué un gouvernement qui est effectivement maître de la situation et qui est accepté (connu également sous le nom de doctrine du « coup réussi »). En 2000, la Cour d'Appel des Fidji a rejeté cet argument car les militaires n'ont pas été en mesure de prouver que le peuple avait réellement accepté la situation.

L'autre argument est celui de la nécessité, ou celui du « plaidoyer du tyran » comme le décrit le poète Milton dans un contexte différent (Milton, 1968). Les tribunaux qui ont accepté cet argument ont également ajouté qu'il implique que le gouvernement doit rétablir l'ordre constitutionnel dans les meilleurs délais. La nécessité ne peut guère servir de fondement pour permettre à un régime, foncièrement illégal, de se maintenir longtemps au pouvoir.

Que faire s'il est difficile, voire impossible, de suivre les procédures en vigueur?

Certaines constitutions contiennent des dispositions qui les rendent pratiquement impossible à modifier. D'autres, comme nous l'avons vu, ne prévoient pas de mécanisme de remplacement de la constitution mais seulement la possibilité d'apporter des amendements graduels. Dans certains cas, même si les circonstances sont telles que le changement, voire le remplacement de la constitution, sont généralement jugés nécessaires, certains groupes vont empêcher que l'on ait recours aux règles en vigueur ou alors certaines institutions n'existeront plus. Ce phénomène est observé plus particulièrement dans les sociétés en sortie de crise où il n'est pas toujours possible de respecter toutes les conditions.

Ci-après quelques exemples de cas où il a été difficile de changer ou de remplacer la constitution, alors que la situation appelait à ce changement :

- En Australie, il est possible d'organiser un référendum d'après deux conditions : recueillir l'approbation de la moitié de la population sur le plan national et de la majorité dans plus de la moitié des États australiens (actuellement, l'Australie compte six États ; pour atteindre cette majorité, quatre États sur six doivent approuver le référendum) ; parfois la majorité dans chacun des États est requise.
- Dans certains pays, on s'interroge sur les limites du pouvoir conféré au parlement pour modifier la constitution, notamment s'il peut apporter des changements radicaux ou de remplacer la constitution dans son ensemble.
- En 1990 en Afrique du Sud, le parlement habilité à modifier la constitution était dominé par la communauté blanche ; les Sud-Africains noirs n'étaient pas représentés et n'avaient pas le droit de voter.
- Au Népal, la constitution de 1990 pouvait être amendée à la majorité des deux tiers des deux chambres avec signature du roi ; à la suite du mouvement populaire de 2006, le

Sénat n'a pas été réinstauré (même le statut juridique de la Chambre des représentants était équivoque) et nul ne voulait associer le roi.

On peut surmonter ces difficultés de plusieurs façons :

- Avoir recours à autant de dispositions existantes que possible (Népal) ;
- Avoir recours à la négociation, utilisant les mécanismes existants même s'ils vont à l'encontre des intérêts de ceux qui doivent prendre les mesures qui s'imposent (Afrique du Sud) ;
- Accepter le fait qu'il est difficile de changer la constitution et manœuvrer dans le cadre des limites imposées (Australie) ;
- Agir en dehors de la constitution en convoquant une conférence nationale ou une convention ou assemblée constitutionnelle.

Dans les pays en sortie de conflit, il faudra peut-être s'écarter de la lettre de la loi. Une fois la constitution adoptée, il est peu probable qu'elle soit attaquée pour manque de validité juridique. Il est rare que les tribunaux déclarent illégaux le régime et la constitution qu'ils servent encore que cela se soit passé au Nigeria (1966) et aux Fidji (2000 et 2009). Ils acceptent souvent les arguments qui invoquent les principes de « nécessité » ou de « légalité révolutionnaire » (voir encadré 4).

Habituellement, une constitution de transition contient des orientations plus détaillées (voir la partie 2.1.9). D'ailleurs c'est souvent le but de ce type de constitution. Il faut si possible réfléchir longuement au niveau de détail que l'on veut introduire dans la constitution. Les constitutions sont difficiles à changer, c'est leur force mais parfois aussi leur faiblesse. Il est aisé d'interrompre un processus d'élaboration de constitution mis en place suivant une procédure administrative, et les lois ordinaires peuvent être abrogées ou modifiées à la majorité simple du parlement. Il serait donc avisé d'inscrire dans un document la structure fondamentale du processus d'élaboration de constitution. Cependant, si tous les détails sont mentionnés, certains problèmes peuvent émerger. Par exemple, dans le cas où le document stipule un délai mais celui-ci ne peut pas être respecté, il sera nécessaire de changer le document. Au Népal, le parlement provisoire (autre nom donné à une assemblée constituante) a amendé la constitution provisoire et le président a signé l'amendement (alors que certaines personnes avaient soutenu qu'un tel amendement allait à l'encontre du but visé par la fixation d'un délai, voire même qu'il était inconstitutionnel et que le président devait refuser de le signer). Cependant si les forces qui s'opposaient à l'élaboration d'une nouvelle constitution n'avaient pas été capables de réunir une majorité des deux tiers, le processus d'élaboration constitutionnelle aurait été interrompu.

Peu de pays se sont dotés d'une loi ordinaire qui prévoit un processus d'élaboration constitutionnelle pleinement participatif. Ainsi, certains pays lancent ce type de processus en adoptant une loi spéciale (indiquant parfois la composition des organes chargés de l'élaboration de la constitution, les processus de consultation publique et le calendrier).

Le cas de l'Ouganda figurant à l'annexe A.12 en est un exemple. S'il est vrai que les lois sont plus faciles à modifier si les circonstances évoluent (et elles évoluent souvent, surtout dans les sociétés sortant de conflit), parfois il ne suffit pas uniquement de changer la loi. L'attention portée aux détails doit être pesée avec soin, en particulier en ce qui concerne le calendrier. Car si les calendriers ou les procédures ne sont pas établis sur une base juridique, d'une part il sera difficile pour le peuple de comprendre le processus et d'autre part il sera plus facile d'y faire obstacle. Certaines questions peuvent être réglées par la législation déjà en vigueur, comme celle de la vérification des comptes des organes publics.

Aux Samoa américaines [2010], le processus de révision de la constitution a été mis en place par une série de décrets édictés par le gouverneur du territoire. Cela s'est fait dans le cadre de la constitution en vigueur qui donnait le pouvoir de « proclamer des règlements qui ne s'opposent ni aux lois des États-Unis applicables aux Samoa américaines, ni à la législation des Samoa américaines ni à la présente Constitution. » Un tel décret peut être annulé aussi aisément qu'il a été édicté et présente une sécurité moindre pour le processus.

D'autres règles moins formelles telles que les codes de conduite (voir annexe C) et les dispositifs administratifs seront également nécessaires pour compléter les détails du processus. Donner l'ordre à la police de permettre la tenue de réunions publiques ou de ne pas appliquer les lois en vigueur interdisant ce type de réunions pourra être important dans certains processus.

En résumé, les détails du processus se trouvent dans l'un ou l'ensemble des documents ou décisions ci-dessous :

- Accords de paix (habituellement non exécutoires surtout par les tribunaux du pays) ;
- Constitutions – antérieures ou provisoires ;
- Législation en vigueur ;
- Lois spéciales (promulguées parfois par le biais de moyens extraordinaires – par décret militaire, par exemple) ;
- Règlements élaborés au titre d'une loi ;
- Codes de pratique (qui n'ont pas nécessairement valeur de loi) ;
- Accords informels entre les partis politiques ou conclus dans le cadre de conférences nationales ;
- Instructions administratives.

2.1.7 Préparer ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution

Dans la grande majorité des cas, il est prévu dans les exercices d'élaboration de constitutions de former et de préparer ceux qui seront chargés de ce travail. Mais par le passé, ces efforts n'ont pas toujours été bien pensés ou coordonnés. Souvent, les membres des organes chargés de l'élaboration de la constitution peuvent effectuer des voyages d'étude, participer à des

séminaires organisés par des groupes extérieurs, mais ils ne bénéficient pas d'un programme de formation sur mesure qui réponde à leurs besoins particuliers.

Il faudrait préparer ces responsables à diverses étapes. Ainsi, l'examen du règlement intérieur et des questions constitutionnelles de fond pourrait être proposé dans un premier temps, suivi de séances de formation concernant la manière de préparer l'éducation civique et à la consultation publique. S'il s'agit d'un processus auquel participent plusieurs organes constituants (par exemple, une commission constitutionnelle puis une assemblée constituante), il faudra prévoir un programme de formation différent pour chacun d'entre eux.

Si le pays a traversé un conflit, les personnes chargées de l'élaboration de la constitution auront possiblement manqué des opportunités professionnelles et éducatives, ou alors il se peut qu'elles n'aient aucune expérience en matière de gouvernance. Des programmes de formation seront donc indispensables et même sollicités ; mais proposer à ces personnes de les former risque d'être délicat, elles pourront prendre ombrage de cette proposition insinuant qu'elles n'ont pas le bagage suffisant pour s'acquitter de leur tâche. Pensons surtout à ceux qui ont déjà été députés et qui ont le sentiment de bien maîtriser le sujet, après tout, ils ont appliqué eux-mêmes la constitution. Par le passé, il est arrivé que les responsables de l'élaboration de la constitution aient bloqué toute tentative de mettre en place des programmes de formation.

Pour surmonter ces problèmes, il serait utile d'introduire dans le cadre juridique ou le règlement intérieur une clause exigeant à tous ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution de participer aux programmes de formation officiels. Il faudra faire attention au choix des termes utilisés dans l'organisation de ces programmes. Les termes classiques tels que, « formation », « programmes d'études », « orientation », « initiation », « accueil », « renforcement des compétences », « développement des compétences » peuvent être jugés condescendants. Les termes « séminaires », ou « ateliers » sont plus acceptables aux yeux de ceux qui estiment ne pas avoir besoin d'une « formation ». Cependant, pour des raisons de commodité, nous emploierons le terme « formation » dans cette partie.

Les objectifs

Dans l'idéal, il faudrait préparer ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution à :

- Planifier et gérer de manière stratégique le processus (si c'est ce que l'on demande aux membres) ;
- Comprendre la structure du processus et tout mandat ou législation régissant le processus, ainsi que le règlement intérieur et le code de conduite ;
- Convenir des principes qui les guideront dans leur travail et leur permettront de cerner le mandat et les principes énoncés dans le cadre juridique ;
- Servir l'intérêt national et ceux de leur groupes particuliers, apprendre à se servir du processus pour dégager un consensus ou même contribuer à la construction de la nation ;
- Communiquer efficacement avec les citoyens et d'autres parties prenantes ;

- Mener à bien un programme d'éducation civique et de consultation publique coordonné et efficace ;
- Comprendre les questions constitutionnelles clés de fond (telles que celles relatives aux droits de l'homme ou à la décentralisation).

Les parties de ce manuel consacrées aux questions spécifiques liées au processus d'élaboration constitutionnelle (telles que le règlement intérieur et l'éducation civique) constituent un guide des connaissances et compétences nécessaires pour effectuer une tâche donnée. Ce manuel ne porte pas sur les questions constitutionnelles de fond (par exemple, les droits de l'homme, le système judiciaire), mais se limite à donner des conseils pratiques et à indiquer les points à prendre en compte dans la formation des personnes chargées de l'élaboration de la constitution.

Concevoir un programme pour les questions constitutionnelles de fond

Le contenu d'un programme de formation portant sur les questions constitutionnelles de fond pourrait couvrir toute une gamme de sujets. Parmi les sujets d'ordre général utiles, citons les suivants :

- Nature et objectif d'une constitution en règle générale ;
- Son champ d'application possible, arguments en faveur des éléments qu'elle devrait contenir ou non ;
- Son utilisation juridique, politique ou autre ;
- Son langage – langage juridique technique et langage passionnel- leur bon usage ;
- Importance de la structure d'une constitution – du lien entre ses différentes parties ;
- Principaux éléments d'une constitution ;
- Différentes options en matière de conception des éléments clés d'une constitution, tels que les systèmes de gouvernement, la séparation des pouvoirs ;
- Droit international et constitutions ;
- Fonctionnement de la constitution en vigueur, forces et faiblesse.

Le but de la formation proposée à ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution n'est pas d'en faire des juristes spécialisés en droit constitutionnel. Certains ont été élus ou choisis car ils représentent des groupes exclus ou encore des intérêts particuliers. La formation a pour objectif de les aider à traduire les buts et aspirations de ceux qu'ils représentent en termes constitutionnels. Mais pour pouvoir participer efficacement, ils doivent comprendre comment la constitution permettra – ou non – de faire avancer les intérêts de ces groupes. Ils auront également besoin de bien appréhender des questions plus vastes car ils ne représentent pas seulement des groupes et intérêts spécifiques mais doivent aussi agir dans l'intérêt national. Ainsi, si des femmes sont désignées représentantes, elles ne devront pas se contenter de représenter les intérêts des femmes

mais devront aussi contribuer à l'examen de toutes les questions en y apportant leurs perspectives et connaissances.

De nombreuses personnes chargées de l'élaboration de la constitution ont certes une maîtrise des questions constitutionnelles mais qui se borne souvent aux enjeux qui les concernent directement ainsi que leurs communautés. Les députés, par exemple, maîtrisent certainement les questions relatives au système électoral et au processus législatif mais beaucoup moins celles qui ont trait au système financier national ou aux droits de l'homme. Peu de personnes savent comment fonctionnent les forces de sécurité et comment elles sont, ou pourraient être, mieux contrôlées. Une minorité d'individus, même les juristes, auront lu une constitution de bout en bout.

Ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution devront à leur tour former les électeurs, le grand public et si eux-mêmes n'ont pas les connaissances requises, ils seront mal placés pour le faire. Dans l'exercice d'élaboration de la constitution et du fait qu'il y a conflit ou différend sur les questions constitutionnelles, de nouvelles idées vont émerger ; or si ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution connaissent mal le document en vigueur, ils ne seront pas en mesure d'apprécier la valeur de ces nouvelles idées.

De même, tandis qu'il est attendu des personnes chargées de l'élaboration de la constitution qu'elles maîtrisent le jargon constitutionnel et les concepts de base, on ne peut pas leur demander d'acquérir les compétences techniques de rédaction de la constitution. Elles doivent bien comprendre leur rôle et celui des autres acteurs qui participent au processus, dont celui des rédacteurs.

Compte tenu de cela, les programmes de formation devraient au moins permettre aux personnes chargées de l'élaboration de la constitution de :

- Participer pleinement aux discussions sur toutes les questions et savoir tirer bon profit des conseils des experts lorsqu'elles sont conscientes des limites de leurs connaissances ;
- Expliquer les concepts constitutionnels de base aux citoyens ;
- Comprendre les suggestions proposées pour le projet de constitution et être capable de poser des questions à ceux qui les formulent ;
- Lire et comprendre les projets de constitution, pour s'assurer que les décisions prises sur les questions constitutionnelles figurent fidèlement dans le libellé du texte de la constitution.

Les personnes chargées de l'élaboration de la constitution sont parfois réparties dans des comités thématiques où sont examinées les différentes options relatives à des domaines techniques spécifiques comme celui du système judiciaire. Pour faire leur travail correctement, les membres de ces commissions devront bénéficier d'une formation pointue dans ces domaines.

Les approches pédagogiques

Selon la culture du pays, les programmes de formation sont abordés de façon différente. Dans certains pays, on optera pour une méthode participative. Souvent dispenser un

simple cours magistral ne suffit pas car ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution n'ont pas l'habitude d'assimiler de grandes quantités d'information par ce biais. L'expérience montre que pour l'apprentissage de procédures, le jeu de rôles et d'autres méthodes participatives ont plus de chance d'être efficaces et acceptés. Des études menées sur l'enseignement universitaire révèlent que l'attention des étudiants baisse au bout de vingt minutes environ et qu'il faut combiner les cours magistraux avec d'autres techniques comme les discussions en groupes restreints ou des sessions de questions et de réponses qui stimulent l'intérêt et l'attention.

Il serait utile de consulter ceux qui sont chargés d'élaborer la constitution afin de savoir quels sont leurs besoins en matière de connaissances pour pouvoir s'acquitter convenablement de leur tâche. Après tout, ils ne sont pas au même niveau de connaissances et ont tous des besoins différents. Certains d'entre eux sont peut-être illettrés ou ne comprennent pas la langue de travail utilisée.

Celui qui conçoit et gère le programme de formation pour les personnes chargées d'élaborer la constitution doit mettre à profit les ressources locales de formation pour adultes avant de se tourner vers l'assistance d'experts étrangers. Certaines organisations internationales et ambassades disposent sans doute d'expertise sur des sujets précis mais s'il est fait appel à cette offre de formation extérieure, il faudra veiller à bien la coordonner pour s'assurer qu'elle réponde aux besoins du processus de manière efficace.

Il existe aussi des possibilités d'effectuer des voyages d'étude à l'étranger. À la fin 1947, le conseiller constitutionnel auprès de l'assemblée constituante de l'Inde s'est rendu à Washington, Ottawa, New York, Dublin et Londres, des visites qui lui ont donné l'occasion de rencontrer une pléiade de juges, d'hommes politiques et d'érudits. À la suite de ces discussions, il a proposé plusieurs modifications du projet de constitution qu'il avait déjà préparé sur la base des diverses propositions faites par la commission. En l'occurrence, il s'agissait d'un juriste connaissant parfaitement le projet, capable de discuter avec aisance du sujet et de tirer pleinement profit des échanges qu'il a eus dans le cadre de ses rencontres.

De nombreuses personnes qui sont chargées de l'élaboration de la constitution souhaitent pouvoir se rendre dans d'autres pays afin de tirer des enseignements de leurs systèmes. Ci-après plusieurs exemples de visites récentes :

- Des membres de la Commission de révision de la constitution des Fidji sont allés en Malaisie, à l'Île Maurice et en Afrique du Sud (pays choisis en raison de la dimension ethnique de leur vie politique et de leurs débats constitutionnels) ;
- Des fonctionnaires et représentants de la société civile des États du Kordofan méridional et du Nil Bleu du Soudan se sont rendus en Indonésie pour tirer des enseignements de l'expérience de ce pays en matière de sécession (Timor-Leste) et d'autonomie (Aceh) car dans l'Accord de paix global au Soudan, une disposition prévoit que ces États soudanais doivent procéder à une consultation publique sur leur avenir dans le cadre de l'accord de paix du Soudan du Sud ;

- L'agence suisse de la Direction du Développement et de la Coopération a organisé un voyage d'études en Suisse à l'intention des différents partis politiques népalais, des fonctionnaires du gouvernement, des universitaires et des membres de la société civile afin qu'ils se familiarisent avec le système suisse, particulièrement le fédéralisme ;
- Des membres de l'assemblée populaire constituante de l'Indonésie impliqués dans un exercice d'amendement constitutionnel sont partis en Thaïlande et en Corée du Sud pour étudier les cours constitutionnelles ;
- Des commissaires ougandais se sont rendus aux États-Unis et dans divers pays européens et africains.

Il est indéniable que ces visites ont été fort utiles. Les membres de la Commission Reeves des Fidji ont déclaré : « Nous avons pu nous forger des idées concrètes, ce qu'il aurait été difficile à faire à partir de livres ou d'articles » (Fidji 1996 : 61). Il y a une grande différence entre un voyage d'étude entrepris par des membres qui connaissent déjà bien la situation dans leur pays et qui ont quelques notions en matière de questions constitutionnelles ou de sciences politiques et un voyage effectué par des personnes inexpérimentées désignées essentiellement pour des raisons politiques.

Les auteurs avouent nourrir un certain scepticisme face à l'utilité de bon nombre de ces voyages. Trop souvent, ils sont considérés par les participants comme l'occasion d'échapper aux conditions prévalant dans leur pays, ou comme l'occasion rare de voyager à l'étranger ou encore de faire des achats. Les participants mal préparés ne sauront pas dans quel contexte replacer les informations qu'ils reçoivent et les éléments qu'ils observent. De nombreuses personnes chargées de l'élaboration de la constitution sont parties en voyage d'étude alors qu'elles étaient censées rester chez elles et accomplir des tâches essentielles dans le cadre du processus d'élaboration de constitution. En Indonésie, un commentateur a déclaré que même si le comité ad hoc chargé de préparer un projet d'amendement pour le pays s'était rendu dans vingt-et-un pays, il s'agissait en réalité de « promenades » car les membres du comité n'étaient pas tenus de présenter un rapport détaillé de ces visites.

Ceux qui appuient ou proposent ces voyages d'étude les affectionnent pour diverses raisons : ils confèrent une visibilité, plaisent aux participants, sont l'occasion de réaffecter des fonds vers le pays d'origine et leur donne aussi la possibilité gratifiante de se montrer dans leurs atours démocratiques.

Quelques conseils pratiques pour s'assurer que les voyages d'étude répondent bien aux besoins du processus :

- Essayer de faire en sorte que les voyages d'étude soient planifiés en consultation avec ceux qui organisent le processus d'élaboration constitutionnelle dans le pays d'origine afin d'éviter que les membres du comité ne soient absents à un moment critique ;
- Choisir avec soin le pays et les institutions à visiter pour s'assurer de leur pertinence ;
- S'assurer que les membres qui doivent entreprendre cette visite ne soient pas choisis simplement pour plaire à d'importantes personnalités politiques mais pour qu'ils puissent bénéficier réellement de cette expérience ;

- S'assurer que les compétences linguistiques des participants soient suffisantes (ou prévoir une traduction adéquate) ;
- Préparer le voyage en amont afin que les participants sachent où ils vont et pourquoi, en quoi l'expérience a trait à la situation chez eux – ils doivent être motivés, savoir quels sont les éléments d'information qu'ils vont rechercher et quelles questions poser ;
- Organiser une réunion de restitution pour consolider les acquis des participants ;
- Informer au préalable ceux qui feront des communications pour qu'ils aient quelques renseignements de caractère général sur les personnes qu'ils vont rencontrer ;
- Choisir avec soin les exposants – il risque d'être fort impressionnant pour les visiteurs de rencontrer le président du pays ou le président de la Cour Suprême mais ces personnalités ne sont pas nécessairement les personnes ressource les plus indiquées ;
- Faire le nécessaire pour que les participants enrichissent le processus d'élaboration de constitution par les connaissances acquises.

Ressources

Outre les modes de formation présentiels, il serait utile de fournir des informations essentielles à ceux qui sont chargés d'élaborer la constitution avant même la première réunion de l'organe constituant (surtout s'il s'agit d'une assemblée constituante ou de tout autre organe important composé de non-experts). Ces informations, contenues dans un guide, porteront sur des questions pratiques et logistiques concernant le transport, le logement, les mesures de sécurité, la rémunération, etc. Ce guide décrirait aussi les ressources, telles que des chercheurs ou un accès à l'Internet, qui sont mises à disposition des membres.

Dans la documentation fournie, il est important de décrire le mandat juridique, les étapes du processus, tout règlement intérieur ou code de conduite qui doit régir la conduite des membres, ainsi que tout autre document pertinent. Dans l'idéal, il faudrait aussi fournir des documents de référence sur le constitutionalisme et sur les principales caractéristiques de la constitution existante, une analyse historique du constitutionalisme dans le pays et une introduction à certaines questions constitutionnelles clés. En Afghanistan [2004], le secrétariat de la Loya Jirga constitutionnelle, une forme d'assemblée constituante, avait préparé cette documentation avec l'aide d'un conseiller étranger.

2.1.8 Principes directeurs du processus

S'accorder sur des principes directeurs : une tâche de plus en plus importante

Dans l'élaboration d'un processus constitutionnel, il importe que les principales parties impliquées s'accordent sur un ensemble de principes devant guider ledit processus. Ceux-ci sont souvent appelés « principes directeurs » (et parfois « principes constitutionnels » ou encore, « principes immuables »).

Ces principes peuvent définir à la fois la méthodologie du processus (par exemple, exiger qu'il soit consultatif et participatif) et le contenu de la constitution qui est censée en résulter. Les principes directeurs tiennent généralement compte des aspects clés du contexte historique dans lequel se déroule chaque processus, ainsi que, plus globalement, des normes et principes internationaux énoncés ci-dessous.

S'accorder sur des principes directeurs peut avoir de nombreux avantages, particulièrement en situation de conflit ou de transition. En effet, ces derniers peuvent contribuer à garantir la transparence du processus et lui conférer une certaine légitimité aux yeux des citoyens. Toutes les parties intéressées par le processus seront ainsi mieux préparées et plus au fait de la manière dont elles peuvent participer au processus et en suivre l'évolution. Dans des situations de conflit, postérieures au conflit ou de transition marquées par des abus de l'État et d'autres acteurs, l'adoption de préceptes fixes concernant le contenu de la constitution risque d'être particulièrement importante. En effet, ces principes peuvent contribuer à une vision commune pour un avenir meilleur. Ils peuvent aussi donner de l'assurance à des franges minoritaires de la population craignant de perdre des pouvoirs ou privilèges dans un processus constitutionnel accaparé par la majorité.

Il n'est pas toujours nécessaire de disposer de principes directeurs, c'est le cas, par exemple, lorsqu'un processus constitutionnel se déroule de façon progressive, sans que les parties ne s'accordent forcément sur les détails. Dans certains cas, tenter de s'accorder à l'avance sur des principes peut être source de divisions.

La nature des principes directeurs

Dans la plupart des cas, les principes directeurs sont des termes de référence s'appliquant à l'ensemble du processus. Ils visent à donner une orientation au processus sans pour autant être inutilement restrictifs. Ils sont généralement considérés davantage comme des obligations politiques que des principes juridiquement contraignants et exécutoires. De ce fait, ils sont souvent énoncés en des termes généraux et non dans un langage précis et directif.

Dans certains cas, surtout dans les processus visant à résoudre de graves conflits, le champ des principes est élargi afin d'inclure des dispositions détaillées sur le processus et sur le contenu du texte, ainsi qu'une vérification avant que le projet de constitution n'entre en vigueur. Par exemple, lors du processus sud-africain [1996], les principales parties impliquées dans les négociations de sortie du régime de l'apartheid ont décidé de la création d'une assemblée constitutionnelle élue qui consulterait le peuple sur la constitution finale, ainsi que de trente-quatre principes constitutionnels fournissant des directives détaillées sur le contenu de la nouvelle constitution à élaborer par cette assemblée constitutionnelle. Il s'agissait de la forme et des structures du gouvernement ; des relations entre le gouvernement national et les gouvernements infranationaux afin de garantir une autonomie locale ; de la protection des intérêts des principales minorités ; de la protection des droits de l'homme ; de la création d'institutions publiques indépendantes

et de l'enracinement de la constitution grâce à des procédures d'amendement conférant un rôle aux provinces en cas d'amendements touchant à leurs intérêts. Toutes ces dispositions ont été énoncées dans une constitution provisoire, qui a également créé une cour constitutionnelle ayant pour mission de vérifier que les trente-quatre principes étaient bien pris en compte dans la version définitive de la constitution.

Les principes figurant dans les textes instituant des processus constitutionnels

Ces principes sont généralement énoncés dans les textes fondamentaux d'un processus, tels que la législation créant une commission constitutionnelle ou une assemblée constituante, les termes de référence d'une commission parlementaire sur l'élaboration de la constitution, d'un accord de paix ou d'une constitution provisoire prévoyant un processus constitutionnel destiné à contribuer à la résolution d'un conflit. Ces principes se retrouvent aussi (avec quelques variantes) dans les accords internationaux prévoyant un processus constitutionnel (à l'instar de l'Accord de Bonn sur l'Afghanistan et de l'Accord de Paris sur le Cambodge), ainsi que dans les décisions et directives de mission des Nations Unies sur les processus dans lesquels elles jouent un rôle majeur, à l'exemple de la Namibie et du Timor-Leste.

Principes directeurs : un phénomène courant

On constate un grand intérêt pour les principes directeurs constitutionnels depuis qu'ils ont été utilisés dans le processus sud-africain – au point que certains pensent qu'ils ont été utilisés pour la première fois à cette occasion. Mais divers principes directeurs ont déjà été utilisés dans de nombreux processus, aussi bien avant qu'après l'expérience de l'Afrique du Sud. Cependant, il est vrai qu'ils sont rarement aussi rigoureusement exécutoires qu'ils l'ont été dans ce pays. Parmi les exemples plus anciens, citons les termes de référence fixés par le gouvernement britannique pour le processus constitutionnel engagé fin 1946 en vue de l'indépendance de l'Inde ; les conférences constitutionnelles visant l'élaboration d'autres constitutions préalables à la décolonisation dans les années 1950 et 1960 ; les termes de référence que le pouvoir législatif colonial de la Papouasie-Nouvelle-Guinée a assigné au comité de planification constitutionnelle en 1972 ; les « Principes constitutionnels » de la Namibie adoptés par les combattants de la liberté namibiens (la SWAPO – South West Africa People's Organization) et les acteurs de la communauté internationale en 1982, sept ans avant que ne se réunisse l'assemblée constituante du pays. Le processus indien s'est doté de ses propres principes, incarnés dans la « Objectives Resolution » proposée par Nehru au début des travaux de l'assemblée constituante. Beaucoup d'autres exemples de principes directeurs ont été appliqués depuis le cas sud-africain, notamment le processus de Bougainville [2004], le processus du Burundi [2005], les deux processus du Kenya [2005 et 2010] et le processus du Népal [en cours] (dans lequel la constitution provisoire de 2007 prévoit un nombre important de principes, bien qu'ils ne soient pas clairement liés au processus constitutionnel, contrairement aux fonctions de l'État en général). L'assemblée

constituante bolivienne s'est dotée d'une commission sur la « Vision de la nation », qui a élaboré des principes appliqués au reste du processus.

Les sources des principes des processus constitutionnels

La conception et le fonctionnement des processus constitutionnels nationaux et infranationaux sont de plus en plus influencés, voire déterminés, par une grande variété de normes et de précédents (y compris issus d'autres processus constitutionnels), qui constituent inévitablement une source de principes directeurs constitutionnels. Les normes relatives aux droits de l'homme ont une influence grandissante sur la conception des processus, en particulier le tout nouveau droit à la « participation démocratique » fondé sur la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies (1948, article 21) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 25), ainsi que diverses autres conventions et déclarations des Nations Unies. De la même façon, un certain nombre de conventions et déclarations régionales et onusiennes relatives à différents aspects des droits de l'homme ont un impact considérable sur le contenu des constitutions, ainsi que sur les principes directeurs visant à influencer le processus décisionnel sur les constitutions. Il existe aussi des sources d'influence moins formelles telles que les préoccupations de la communauté internationale à propos notamment de la bonne gouvernance, d'institutions indépendantes visant à garantir la responsabilité publique et la justice transitionnelle, toutes choses qui ont un impact sur la formulation d'options constitutionnelles, et de ce fait, sur le contenu des principes directeurs.

Qui décide des principes directeurs ?

Les décisions relatives aux principes directeurs peuvent être prises par une grande diversité d'acteurs. Dans le cas de constitutions de décolonisation, le gouvernement colonial ou le parlement local créé par le gouvernement colonial a souvent tendance à formuler des termes de référence destinés à maintenir les processus dans des limites acceptables pour le colonisateur. Dans de nombreuses situations postérieures à un conflit, ces principes sont négociés entre les parties et inclus dans les accords de paix mais également de plus en plus dans les constitutions intérimaires. Dans bon nombre de cas où la communauté internationale est associée à un processus de paix, celle-ci joue un rôle majeur dans les négociations et même dans la définition des principes. Dans d'autres situations de conflit et postérieures au conflit, ce sont les parties prenantes au processus de paix qui décident des principes. Dans d'autres cas encore, le pouvoir en place les intègre dans les lois mettant en place le processus. Parfois, le gouvernement a consulté les autres parties afin de rendre le processus le plus libre et le plus transparent possible, alors que dans d'autres, le gouvernement peut chercher à contrôler ou à restreindre la marge de manœuvre des autres parties durant le processus.

Cependant, dans de nombreux cas, les parties les plus intéressées par l'élaboration de principes directeurs ne seront même pas associées au processus constitutionnel que ces principes sont censés guider, ou n'auront aucune emprise sur celui-ci. Elles chercheront

alors à se servir des principes pour réduire le risque que les choix effectués lors du processus n'aient des répercussions négatives sur leurs intérêts. C'est pourquoi, dans les situations de conflit ou postérieures à un conflit, il importe que la gamme la plus large possible de groupes d'intérêts participe à l'adoption des principes directeurs.

Principes vérifiables dans les situations de conflit impliquant des minorités reconnues

Les ensembles de principes censés être vérifiés (parfois appelés « principes immuables ») ne sont pas courants. Ils sont principalement élaborés dans des situations de grave conflit, comme en Afrique du Sud et au Burundi, et visent à offrir des garanties à une ou plusieurs parties ayant de sérieuses inquiétudes quant à leur avenir (en termes de sécurité, de pouvoir et d'autres questions similaires). Ces garanties sont fournies par les principes immuables déterminant certains aspects du contenu de la constitution finale. De ce fait, ils sont souvent plutôt longs et détaillés, comme ce fut le cas de la constitution provisoire de l'Afrique du Sud en 1994 et de l'Accord de paix et de réconciliation d'Arusha pour le Burundi en 2000. Les principes exceptionnellement détaillés dans le cas du Burundi sont apparus dans un protocole à l'Accord de paix et de réconciliation intitulé Démocratie et Bonne Gouvernance. Dans ce texte figuraient des « Principes pour la constitution après la transition » à la fois longs et détaillés qui n'étaient pas loin de former à eux seuls une constitution complète.

Encadré 5. Afrique du Sud : les jugements de certification

De nombreuses parties ont contesté certains aspects du projet de constitution finale au motif qu'ils n'étaient pas conformes aux principes directeurs de la version finale de la constitution provisoire. D'après les chiffres de la Cour, cette affaire a mobilisé « 47 avocats représentant 29 partis politiques, organisations et particuliers ». L'affaire a été pleinement débattue, comme tout autre contentieux, et la cour a rendu une décision motivée de 296 pages dans laquelle elle indiquait qu'en effet, neuf éléments du projet de constitution n'étaient pas conformes aux principes directeurs, surtout les dispositions concernant les collectivités locales. L'assemblée constitutionnelle a dû revoir sa copie, et lorsque la constitution est revenue devant la cour, cette dernière a certifié qu'elle respectait cette fois les principes énoncés. Dans les deux cas, les cours constitutionnelles avaient reçu pour mission de vérifier que les principes avaient été respectés. L'Angola a eu recours à une démarche analogue en 2010 : la cour constitutionnelle a certifié que la constitution nouvellement adoptée par le parlement était largement conforme aux principes énoncés dans la constitution en vigueur.

Dans le cas présent, l'élaboration de principes détaillés et vérifiables se justifie pour une raison importante : ces principes visaient à répondre aux préoccupations de parties

minoritaires qui avaient dominé l'État par le passé et estimaient qu'une nouvelle constitution résultant d'un processus dominé par la majorité précédemment exclue serait de nature à menacer leurs intérêts. En entérinant à l'avance des principes détaillés que devra respecter toute version finale de la constitution, les groupes minoritaires se sont forgé de solides assurances sur le fait que leurs intérêts seront protégés. Cela les a encouragés à prendre part au processus plutôt que de s'en tenir à l'écart, réduisant de cette façon le risque qu'ils viennent saper le processus. En outre, parce que les principes avaient été approuvés par les parties au conflit, et avaient vocation à être vérifiables (ou exécutoires), ils pouvaient être considérés comme des bornes cadrant les décisions prises au cours des processus constitutionnels consultatifs et participatifs qui s'en sont suivis.

Au Burundi [2005], la cour constitutionnelle n'ayant pas réussi à se prononcer sur le projet de constitution, celui-ci lui a été retiré à l'issue du délai fixé par l'accord d'Arusha et a été soumis au jugement de la population par référendum (c'est-à-dire l'étape suivante dans le processus convenu), où il fut adopté à l'écrasante majorité. Les principes contenus dans l'accord représentaient quasiment une constitution à part entière, c'est probablement la raison pour laquelle l'approbation du projet de constitution par référendum fut considérée comme une garantie suffisante de ce que les principes avaient été respectés.

Si une analyse minutieuse et compétente de la constitution, comme ce fut le cas pour la certification sud-africaine peut s'avérer précieuse, faire intervenir la cour constitutionnelle n'aboutit pas toujours à des résultats heureux. En effet, en Angola, six des sept juges de la cour constitutionnelle de l'Angola avaient été désignés par le Président Dos Santos ; ils ont largement approuvé la nouvelle constitution, qui pourtant semblait avoir été taillée sur mesure pour permettre au président Dos Santos de se maintenir au pouvoir.

Autres cas de principes vérifiables

En Namibie, la communauté internationale a participé tant à l'élaboration qu'à la vérification des principes directeurs, d'abord adoptés en 1982 par la SWAPO, l'Organisation de l'unité africaine, les pays voisins de la Namibie et les États-Unis, puis approuvés (indirectement) par le Conseil de sécurité des Nations Unies, et enfin adoptés en 1989 par l'assemblée constituante namibienne. Bien que les principes n'aient prévu aucun organe chargé de leur mise en œuvre, ils ont été approuvés par les Nations Unies et de ce fait, ce rôle leur a été implicitement attribué. En juillet 1990, le Secrétaire général des Nations Unies a déclaré au Conseil de sécurité que la nouvelle constitution était conforme aux principes.

À Bougainville (Papouasie-Nouvelle-Guinée) en 2001, une solution constitutionnelle à un conflit séparatiste a conféré à Bougainville à la fois le droit de tenir un référendum sur l'indépendance, différé pendant quinze ans, ainsi qu'une forte autonomie pendant cet intervalle. Cette autonomie incluait le pouvoir d'élaborer une constitution infranationale stipulant les structures et processus d'un gouvernement de Bougainville. Cette constitution devait être la résultante d'un processus participatif, présenter diverses caractéristiques démocratiques et répondre aux « normes de bonne gouvernance admises au niveau

international, telles qu'applicables et exécutable dans le contexte de Bougainville et de la Papouasie-Nouvelle-Guinée». Le gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée s'inquiétait que la constitution de Bougainville dépasse les limites prévues ou favorise injustement certains segments de la société. Toutefois, ces inquiétudes furent levées dès qu'il fut précisé que la constitution n'entrerait en vigueur qu'après avoir été approuvée par la Papouasie-Nouvelle-Guinée, tout en limitant les motifs de rejet par cette dernière, à toute situation où, selon elle, les conditions de l'accord constitutionnel n'auraient pas été respectées. Pour limiter les risques de rejet, l'accord constitutionnel exigeait que les rédacteurs de la constitution de Bougainville se concertent amplement avec le gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée lors de l'élaboration du projet de constitution.

Il existe d'autres moyens moins formels pour tenter de garantir le respect des principes. Ils peuvent servir de base à l'éducation civique, ou encore, s'ils sont assez succincts, être inscrits sur des banderoles et affichés sur les lieux de l'assemblée constituante. Ils peuvent également faire partie du serment d'entrée en fonction que prêtent les personnes officiellement nommées ou élues pour élaborer la constitution.

Comment les principes sont-ils utilisés ?

Lorsque les principes sont vérifiables, ceux qui sont associés au processus sont fortement encouragés à veiller à ce que les propositions constitutionnelles tiennent pleinement compte des principes à chaque étape. Cela sera particulièrement important non seulement au cours de l'élaboration de la constitution, mais aussi lorsque des propositions seront faites par les citoyens ou débattues au sein d'une commission constitutionnelle, d'une assemblée constituante ou d'un autre organe délibérant. En pratique, il peut être important qu'une institution ou un organe donné participant au processus soit chargé de vérifier le respect des principes. Par exemple, dans une commission constitutionnelle ou une assemblée constituante, un comité peut être mis en place à cet effet. Dans les processus où les principes sont plutôt assimilables à des obligations politiques ou à des termes de référence, il demeurera important, pour la légitimité du processus, que les principes paraissent respectés. Ainsi, il conviendra de conférer les responsabilités de vérification interne correspondantes à ceux qui sont associés au processus.

Est-il obligatoire de respecter les principes directeurs ?

Dans la plupart des cas, les principes directeurs sont exprimés en termes généraux qui visent davantage à guider qu'à restreindre. Lorsqu'un processus est fortement participatif, il sera souvent difficile d'utiliser des principes directeurs pour restreindre les choix effectués dans le cadre dudit processus. Il arrive parfois même que le libellé des principes mette à lumière un potentiel dilemme si ces principes venaient à être appliqués. Par exemple, les lois ayant donné lieu aux deux processus du Kenya [2005 et 2010] exigeaient que les institutions créées pour mettre en œuvre ces processus appliquent des principes louables (tels que l'obligation de rendre compte, la prise en compte de la diversité et le respect des principes universels des droits de l'homme) tout en veillant à ce « que le résultat final du processus d'examen reflète

fidèlement la volonté du peuple kényan », sans pour autant fournir des instructions sur la manière de gérer les situations où la volonté du peuple irait à l'encontre de ces principes.

Commentaires

L'expérience de l'Afrique du Sud a probablement idéalisé les principes directeurs. S'il n'est pas mauvais en soi d'adopter des principes à un moment où les circonstances permettent une réflexion approfondie, ou de recourir à d'importantes négociations politiques pour façonner le processus constitutionnel à venir, de tels principes présentent néanmoins un caractère antidémocratique. Ils sont conçus par ceux qui détiennent une position de pouvoir à un temps T du processus afin de limiter les possibilités de ceux qui prendront des décisions plus tard. Ceux qui détiennent le pouvoir à ce moment T ont leurs propres intérêts en tête, et même s'ils agissent dans l'intérêt de la nation, il s'agit peut-être d'une vision étroite de cet intérêt. En Égypte [1971], le président Sadate a donné à l'assemblée nationale des directives sur la constitution, indiquant notamment que 50 pour cent des organes élus devaient comprendre des Fellahin et des ouvriers. Au Nigéria en 1988, le président militaire a indiqué à l'assemblée constituante qu'il y avait des « zones interdites » parmi lesquelles figuraient le système fédéral, le système présidentiel et le caractère laïc de l'État.

Bien souvent, la question des principes n'offre pas beaucoup de choix. Néanmoins, s'il est possible (mais pas inéluctable) d'élaborer des principes, les éléments suivants pourraient être utiles :

- Les principes sont en mesure de protéger les intérêts de minorités qui n'ont généralement pas la sympathie de la population ;
- Il peut s'avérer utile de laisser les rédacteurs de la constitution discuter et décider eux-mêmes des principes, afin de concentrer le débat sur des questions d'ordre général plutôt que d'entrer prématurément dans les détails ;
- Il se peut qu'à un stade ultérieur du processus on se penche sur des « questions éthiques » telles que l'avortement. Il peut alors s'avérer utile qu'il y ait déjà eu en amont, une entente préalable sur un certain nombre de principes fondamentaux ;
- De la même façon, la manipulation politique peut prendre de l'ampleur à mesure que l'on avance dans le processus tandis que décline l'intérêt pour les principes fondamentaux ;
- Cela peut paraître antidémocratique, mais s'adosser sur les principes pour éviter une dictature de la majorité n'est pas forcément une mauvaise chose ; l'un des objectifs majeurs d'une constitution moderne est précisément de limiter cette dictature une fois la constitution adoptée.

D'autre part, il également vrai que :

- Les principes peuvent brider un véritable processus de réforme, en particulier s'ils sont établis par un régime sortant ;
- L'élaboration de principes est potentiellement chronophage ;
- Pour éviter tout risque de « corseter » le processus on en arrive à formuler des principes en des termes si généraux qu'ils finissent par perdre pratiquement toute utilité.

2.1.9 Dispositions constitutionnelles dans un régime de transition

D'après les estimations, entre 1975 et 2003, un tiers des processus de conception de constitutions s'accompagnaient de textes de transition. Si l'on élargit le champ de la signification du mot « texte » à tous les documents sortant du cadre d'une constitution, le nombre de dispositions de transition serait encore plus élevé, car certains reposent sur des ententes, des traités ou des accords de paix qui ont une incidence sur la manière d'exercer le pouvoir, mais ne sont pas des constitutions. Plusieurs termes s'appliquent pour désigner ce que nous appelons les « dispositions de transition » : constitutions provisoires, temporaires, intérimaires et de transition. Dans bien des cas, il n'est pas possible de cerner la trame d'un processus constitutionnel sans connaître les dispositions de transition, qui font partie intégrante de ses objectifs généraux, de sa stratégie et de sa conception.

Réformes graduelles et intérimaires : des processus liés mais différents

Les réformes graduelles ne sont pas des dispositions de transition. Elles sont parfois appelées « réformes minimales », mais ce terme peut s'avérer trompeur dans certains cas de réforme graduelle, comme en Indonésie, où les changements étaient loin d'être minimes. Les réformes graduelles s'opposent aux grandes réformes ; contrairement à ces dernières, elles sont fragmentaires mais, contrairement aux dispositions de transition, elles ne précèdent pas forcément des réformes plus vastes. Ce sont souvent les meilleures réformes possibles dans des contextes troublés et il est difficile de décider s'il faut les rejeter, sachant que cela peut empêcher des réformes plus profondes, ou de les approuver dans l'espoir qu'elles déboucheront plus tard sur des réformes plus vastes, possiblement grâce à la dynamique créée par les réformes initiales limitées mais stratégiques. Le Chili, la Hongrie et l'Indonésie sont des exemples majeurs de processus graduels qui ont entraîné des changements importants dans la structure des États en question (pour lire des arguments contre le lancement d'un processus constitutionnel à part entière, auquel pourrait se substituer un changement graduel, voir la partie 2.1.2).

Circonstances justifiant les dispositions de transition

Lors de pourparlers de paix, il est important de conclure rapidement un cessez-le-feu, or, un règlement à long terme, souvent considéré comme une nouvelle constitution et abordant les causes sous-jacentes du conflit, exige beaucoup plus de temps (comme en Afrique du Sud). Il peut sembler prématuré en outre d'entamer des négociations sur un nouvel ordre politique lorsqu'une multitude de questions normalement abordées dans un accord de paix n'ont pas été résolues de façon satisfaisante (telles que le désarmement, la démilitarisation, l'échange de prisonniers, la démobilisation ou l'intégration des armées et la réinstallation des personnes déplacées). En fonction du déroulement des événements, si des élections doivent se tenir avant l'adoption de la constitution finale, il faudra du temps pour prendre toutes les dispositions politiques, administratives et sécuritaires qui s'imposent (comme au

Cambodge, en Irak et au Népal), ce qui inclut de décider qui a le droit de vote, peut-être par « filtrage » (c'est-à-dire dans ce contexte, exclusion des personnes liées à d'anciens régimes), comme en Irak, ou au contraire, par l'intégration de communautés jusqu'alors privées de citoyenneté et de droit de vote, comme au Népal.

Un processus constitutionnel miné par la méfiance a peu de chances d'aboutir à une bonne constitution, voire à une constitution tout court. La confiance est une condition générale du succès de tout processus, mais elle est particulièrement importante lorsque les parties en négociation se sont fait la guerre jusqu'à une date récente. Certains ont avancé que les difficultés du processus irakien étaient dues au fait qu'il avait été précipité ; le temps aurait manqué en effet pour instaurer la confiance ou développer une vision pour le pays.

Il est souhaitable de profiter de la période « transitoire » de paix pour rétablir la confiance entre les anciens belligérants. À ce stade, il importera d'adopter une approche consociative (où tous les groupes clés sont représentés), même si l'objectif n'est pas de maintenir cette formule pour établir la constitution définitive (comme en Irak, en Afrique du Sud et au Soudan). Les dispositions de transition sont parfois un moyen de différer des questions épineuses, difficiles à résoudre au lendemain d'un conflit mais plus faciles à aborder plus tard grâce à la bonne volonté instaurée au cours de la période de transition.

Le bilan global de telles dispositions n'est pas impressionnant. Mais dans beaucoup de situations de conflit et postérieures à un conflit, une certaine dose de partage du pouvoir semble inévitable (comme au Kenya en 2007, au Cambodge, en Irak, en Afrique du Sud, au Soudan et au Zimbabwe). Par conséquent, il convient d'accorder plus d'attention aux modalités des accords de partenariat qui se nouent. Aux Fidji, les partis indo-fidjiens ont décliné l'invitation du Premier ministre à intégrer le gouvernement, préférant se lancer dans la bataille de la prochaine élection sans porter les « stigmates » d'une participation à ce gouvernement, avant ou après l'adoption de la constitution de 1997. En effet, cette constitution reposait, peut-être à tort, sur un « gouvernement d'union nationale » dont les bases politiques étaient fondées sur un partenariat entre les deux principaux artisans de la constitution avant les élections. Toutefois, ce partenariat a explosé lorsque, contrairement à leurs attentes, ces partis ont réalisé une contre-performance lors de la première élection organisée après l'adoption de la nouvelle constitution.

On peut considérer qu'une constitution transitoire est nécessaire pour offrir un cadre juridique à la gestion du pays lorsque les anciennes institutions se sont effondrées ou que les anciens partis ont disparu ou sont fortement affaiblis (comme en Somalie). En Afghanistan, par exemple, les dispositions en question ont été appelées « accords intérimaires d'urgence » et se justifiaient par « la situation d'instabilité », compte tenu du temps nécessaire pour recréer l'État afghan. Il peut s'avérer indispensable de réhabiliter d'urgence des institutions publiques cruciales parallèlement à la tenue de négociations sur un règlement à long terme (comme en Afghanistan, au Cambodge et en Irak). Parfois, un ou plusieurs groupes jusqu'alors exclus peuvent estimer que l'ancienne constitution n'est plus acceptable, pour des raisons historiques ou idéologiques, même si, grâce à des amendements, des ententes

politiques ou des dispositions administratives, ces groupes peuvent être associés à la gestion du pays (comme au Népal avec les Maoïstes). Dans certains pays, il se peut qu'une ou plusieurs institutions clés chargées des procédures d'amendement se soient effondrées, rendant impossible toute modification de la constitution, tout comme cela peut arriver si une institution clé refuse d'approuver une modification. Cela aurait bien pu arriver au Népal, où l'accord du roi, qui avait été écarté par les partis politiques, aurait pu être nécessaire.

Il est important de prendre des dispositions de transition pour offrir un cadre dans lequel les ennemis d'hier peuvent se partager le pouvoir de l'État de demain, faciliter la conclusion du processus de paix et négocier une nouvelle constitution. Ces dispositions favorisent la stabilité dans ce qui, autrement, pourrait être une période troublée. Toutefois, de telles dispositions peuvent engendrer d'autres problèmes, car les parties peuvent les considérer comme une simple trêve, avant que la « lutte » politique (à savoir la course au pouvoir d'État) ne reprenne. Cela s'est produit au Népal et au Soudan, où les troubles et les suspicions se sont poursuivis bien après le cessez-le-feu et l'accord de paix. En outre, la prise de décisions dans le cadre d'accords de transition de partage du pouvoir est souvent lourde et lente, et exige de parvenir à un consensus.

Une autre raison importante justifiant l'adoption des dispositions de transition inclut le fait que dans la période qui suit immédiatement le cessez-le-feu, les anciennes factions belligérantes dominent la scène politique. La plupart d'entre elles ont probablement commis des crimes contre l'humanité et jouissent d'une très faible légitimité aux yeux des citoyens. Si le pays doit adopter rapidement une constitution définitive, il n'est pas exclu que ces parties belligérantes monopolisent le processus (cette tendance a notamment été relevée lors du processus sri-lankais parrainé par la Norvège). Par conséquent, il vaut mieux parfois conclure des accords temporaires, de sorte que le processus d'élaboration d'une constitution définitive ne débute que lorsque les conditions d'une plus grande participation citoyenne et de l'examen d'une plus large gamme de questions sociales sont réunies. Par ailleurs, certains soutiennent que le caractère transitoire de ces accords permet de trouver des solutions plus créatives et de couvrir des questions qui ne le seraient peut-être pas dans une constitution définitive.

Un nouvel usage des dispositions de transition a été constaté au Kenya, à Madagascar et au Zimbabwe, suite à des élections dont les résultats ont été fortement contestés. Dans ces cas précis, les dispositions impliquaient probablement des modifications de la constitution en vigueur, particulièrement en ce qui concerne la structure de l'exécutif ; le but ultime étant une nouvelle constitution ou le retour pur et simple à la constitution en vigueur. Le Kenya et le Zimbabwe appartiennent à la première catégorie.

Aspects négatifs des dispositions de transition

Certains peuvent se servir des dispositions de transition pour détourner le processus de réforme. Au Kenya au milieu des années 1990, certains hommes politiques se sont servis d'une réforme intérimaire assez mineure pour empêcher un changement plus fondamental,

refroidissant les ardeurs du mouvement réformateur de la société civile et bloquant les réformes pendant au moins une décennie. En 1951, le Népal subissait d'énormes pressions pour démocratiser son système politique par le biais d'une réforme constitutionnelle ; le roi a promulgué une constitution de transition en prélude à des réformes à engager par une assemblée constituante. En réalité, cette disposition de transition a duré huit ans (puis a été modifiée pour restituer au roi ses anciens pouvoirs). Ce n'est qu'en 1990 que le processus de réforme constitutionnelle a été relancé.

Instaurer une longue période de transition n'est pas sans dangers : l'élan peut s'émousser et l'accord entre les parties se rompre. Si l'objectif est d'instaurer un système démocratique à long terme, les dispositions de transition doivent être dynamiques, et mener progressivement à des processus plus inclusifs et à davantage d'obligation redditionnelle.

On court également le risque de voir le mouvement en faveur d'un changement radical s'essouffler après l'instauration de quelques réformes. L'astuce consiste à instituer des réformes qui, de par leur logique même, impliquent davantage de réformes, de façon à en promouvoir le caractère irréversible. Cela pourrait se faire, par exemple, en associant au processus des communautés jusqu'alors exclues.

Une constitution de transition donne à des forces opposées le temps de se regrouper et de se consolider chacune de son côté, ce qui est de nature à compromettre les objectifs de paix.

Dans certains cas, les constitutions définitives sont largement calquées sur les constitutions de transition. En Irak, la profondeur et la durée des tractations sur certains points de la Loi administrative de transition étaient telles que les parties ont probablement fini par les considérer comme des solutions définitives (particulièrement des questions telles que le fédéralisme, la langue et l'avenir des forces kurdes, les Peshmergas).

Il arrive qu'une constitution provisoire exclue des groupes ou des sujets particuliers. Selon la manière dont elle façonne le processus vers une constitution définitive, et surtout si elle se mue en canevas pour la constitution définitive, elle est apte à entraîner de graves conséquences pour le pays, ainsi que pour la viabilité de la paix et de la constitution.

Dispositifs de transition faisant office de feuille de route vers une nouvelle constitution

Afin de contrer le risque de voir le désir de changement s'essouffler, il est essentiel que les dispositions de transition intègrent une feuille de route conduisant à la nouvelle constitution. Certaines dispositions de transition font la part belle à la feuille de route, surtout celles qui sont négociées sous l'égide de la communauté internationale (comme en Afghanistan, au Cambodge, au Kenya et au Soudan).

Lorsque le processus privilégie la feuille de route, il n'est pas rare de constater plusieurs dispositions de transition successives. Une procédure bureaucratique au départ a conduit à un système plus consultatif et plus représentatif, dont la responsabilité première était de conduire la nation à une nouvelle constitution ou à l'élection d'une assemblée constituante.

Encadré 6. Négociations sur les dispositions de transition au Népal

Après le mouvement populaire de 2006 qui a mis fin au pouvoir absolu du roi, et conformément à l'accord conclu entre les Maoïstes et les sept partis « démocratiques », les décisions ont été prises par consensus et c'est ainsi qu'ont été établies les dispositions de transition (le roi, bien que toujours présent en théorie, a été écarté des négociations). La décision de départ concernant les dispositions transitoires (comprenant le retrait des articles relatifs à la monarchie et le rappel du parlement, et plus précisément les députés de la toute dernière législature) a théoriquement été prise par les sept partis, mais bien moins de partis dans la réalité. Elle a été prise malgré l'opposition des Maoïstes, alors que progressivement, elle a ouvert la voie à une série de dispositions de transition, que ces derniers ont pleinement contribué à élaborer. Les partis avaient déjà cédé aux exigences des Maoïstes, à savoir que la constitution soit élaborée par une assemblée constituante. Malgré la désignation d'un comité d'experts présidé par un juge de la Cour suprême jouissant d'un grand respect pour rédiger la constitution de transition, les décisions clés ont été prises en réalité par les représentants des huit partis. Près de cinq mille propositions ont été recueillies auprès de la population, mais tout porte à croire qu'elles n'ont reçu que peu d'attention. La constitution de transition a été promulguée près de 10 mois après le rappel du parlement ad hoc.

Le champ d'application des dispositions de transition dépend de facteurs tels que la durée de la période précédant l'entrée en vigueur de la constitution définitive (plus la période est longue, plus les dispositions de transition doivent être détaillées) ; la possibilité d'utiliser la constitution existante dans l'intervalle ; la marge de manœuvre à accorder aux rédacteurs de la constitution (moins ils ont de marge de manœuvre, plus longues sont les dispositions de transition) ; et le fait que les dispositions de transition soient placées ou non sous l'égide de la communauté internationale (auquel cas elles seront brèves – comme au Cambodge et au Timor-Leste).

Orientation et champ d'application des dispositions de transition

Il est donc clair que l'orientation et le champ d'application des dispositions de transition sont mis en place en fonction du contexte et des stratégies de création du nouvel ordre politique, d'où leur grande diversité. Certaines sont brèves, largement concentrées sur la feuille de route, ajustant les institutions étatiques dans cette perspective. D'autres n'ont même pas prévu certaines institutions de l'État, tandis que d'autres encore sont aussi détaillées qu'une constitution définitive peut l'être. La constitution népalaise de 1951 ne contenait aucune disposition relative au pouvoir législatif, mais simplement une assemblée consultative pour le roi. La constitution de transition de 2007, toujours au Népal, ne prévoyait pas d'élections. Mais la constitution de transition sud-africaine de 1993 était exhaustive et détaillée.

Les experts semblent partagés entre ceux qui préconisent un document bref à la manière d'un document commercial avec un contenu se limitant au strict minimum et ceux qui avancent qu'une constitution de transition doit être très détaillée et aussi démocratique que la constitution définitive (en partie afin de cultiver des pratiques et des habitudes démocratiques). Cette dernière approche n'est guère facile à appliquer, au regard des difficultés enregistrées par les processus de transition que nous avons cités. Cette formule peut également être source de rigidité là où il faut de la souplesse (particulièrement dans des contextes instables, comme au Népal). Il est probablement plus important de rendre le processus inclusif et de le fonder sur des principes que d'essayer d'établir des règles démocratiques pour l'administration de transition. Mais cela dépend beaucoup du contexte et il est difficile d'être dogmatique sur ces questions.

Qui négocie les dispositions de transition ?

Il existe une grande diversité de dispositions de transition, et il en va de même pour leurs processus de négociation. S'il est vrai que ces dispositions sont généralement négociées, il arrive dans certains cas qu'elles soient prescrites par un parti lorsque celui-ci exerce un contrôle sur l'ensemble de l'État. Les dispositions éthiopiennes et ougandaises correspondaient aux décisions de régimes qui s'étaient approprié le pouvoir de l'État. Le fait que les autorités militaires prennent des décisions unilatérales après l'exécution d'un coup d'État est également très répandu.

En Afrique du Sud, plusieurs partis politiques ont négocié presque exclusivement entre eux les dispositions de transition. La plupart des négociations à ce stade se tenaient à huis clos. En cas de désaccord entre les partis, les décisions étaient prises par les deux principaux protagonistes, c'est-à-dire le Congrès national africain et le Parti national, dont la convergence de vues fut qualifiée de « consensus suffisant ». Si la constitution de transition doit être négociée par des forces internes, alors le dilemme est évident : si le contexte n'est pas propice à la décision au sujet d'une constitution définitive, sur quel nombre de détails pourra-t-on s'accorder (autres que le véritable processus de formulation de la constitution définitive) ? C'est la raison pour laquelle les constitutions de transition sont si semblables à la constitution antérieure, éventuellement expurgée des dispositions les plus susceptibles de heurter. Ce fut notamment le cas au Népal. Si, en revanche, il est possible de mener des négociations exhaustives qui déboucheront sur une constitution de transition, les mêmes considérations ne se posent-elles pas ? Alors, pourquoi la constitution définitive doit-elle être différente de la constitution de transition ? Ce fut le cas en Afrique du Sud [1996], où les négociations détaillées sur la constitution de transition ont produit des dispositions qui ont été amplement reprises dans la constitution définitive.

Ces dernières années, la communauté internationale a joué un rôle décisif dans l'élaboration de dispositions de transition. Ce fut le cas en Afghanistan [2004]. En Irak [2005], les principales décisions ont d'abord été prises par les États-Unis, mais l'intervention des Nations Unies allait s'avérer essentielle pour parvenir à un accord sur des aspects cruciaux

des dispositions provisoires, y compris la feuille de route. Dans le cas du Cambodge [1993], des décisions majeures ont été prises à Paris lors d'une conférence qui réunissait les principaux protagonistes cambodgiens, plusieurs États intéressés et les Nations Unies. Tant au Soudan qu'en Somalie, les pays occidentaux ont joué un rôle primordial.

Dans l'ensemble, peu de place fut accordée à la participation de la société civile. Lorsque les partis politiques sont dominants, il arrive que la société civile puisse avoir une influence sur les parties en négociation (comme en Afrique du Sud [1996]) ; mais même dans ce cas, son rôle est limité. Au Népal [processus en cours], des groupes qui étaient exclus de la prise de décision ont pu obtenir des amendements aux dispositions après de considérables troubles, accompagnés de violence.

Différentes formes de dispositions de transition

Les dispositions de transition (c'est-à-dire la manière dont les affaires de l'État doivent être conduites entre le début des négociations et la mise en œuvre d'un accord définitif) sont organisées de façons très diverses. Dans de nombreux cas, il est possible de s'appuyer sur des mécanismes existants (dûment modifiés, comme dans de nombreuses transitions en Europe de l'Est), alors que dans d'autres il faut créer de nouvelles dispositions (ce qui peut mobiliser beaucoup de temps et d'énergie). Il est déterminant de savoir si les intérêts des nouvelles forces qui se rebellent pour obtenir une reconnaissance peuvent être pris en compte dans les dispositions existantes. Il est difficile de généraliser, car beaucoup d'éléments découlent de chaque contexte.

Un dilemme particulier de la structuration des dispositions de transition consiste à savoir s'il faut s'en tenir à la constitution en vigueur, même si elle est discréditée, ou adopter une constitution de transition. Les dispositions sud-africaines [1996] illustrent plusieurs des questions susmentionnées. Même si le Congrès national africain avait des objections morales et politiques fondamentales contre la constitution de l'apartheid, il a accepté de travailler dans le cadre de celle-ci au début du processus. Deux considérations au moins ont motivé sa décision. La première était de rassurer les membres de la communauté blanche sur le fait que les changements ne seraient pas brusques et ne leur seraient pas imposés (puisque'ils étaient chargés des procédures d'amendement). La deuxième raison était de jeter les bases d'un État de droit en acceptant le principe de la continuité juridique (voir la partie 2.1.6). La dimension « dispositions de transition » faisait partie de l'accord entre les groupes engagés dans les négociations sur le fait que le gouvernement et le parlement agiraient conformément aux instructions d'un conseil exécutif interpartis officieux. Durant cette période, les principaux piliers juridiques du système d'apartheid ont été démantelés par les législateurs de l'apartheid. Mais même avec cette concession, les partisans du Congrès national africain n'auraient pas accepté le maintien du système constitutionnel et juridique de l'apartheid. La période de transition initiale a donc permis de s'entendre sur de nouvelles dispositions pour la phase suivante. Les nouvelles dispositions, sous la forme d'une constitution de transition, étaient fondamentalement

différentes de la constitution de l'apartheid et ont été déterminantes pour la transition vers un système démocratique non racial. Elles prévoyaient des élections à une assemblée constituante, qui a changé la configuration du pouvoir en Afrique du Sud. Les dispositions de transition ont joué un rôle important et constructif en Afrique du Sud (à l'inverse, par exemple, du Sri Lanka, où peu de tentatives pour adopter des dispositions de transition (au sens où on l'entend ici) ont été faites à l'exclusion des propositions formulées par les Tigres tamouls (les Tigres de libération de l'Îlam Tamoul) qui semblaient conçues pour asseoir leur système de prédilection avant les négociations).

Parfois, il est possible d'utiliser la constitution en vigueur soit sous une forme légèrement amendée (exemple : au Kenya en 2007) soit sans aucun amendement mais étant entendu que le pouvoir qu'elle confère sera exercé par les factions rivales en prenant des décisions conjointes (comme en Hongrie pendant la sortie progressive du communisme). En Afghanistan, une constitution plus ancienne, considérée comme la plus démocratique de toutes les constitutions antérieures, a été adoptée, mais avec tellement de modifications qu'elle ne permettait pas de mettre en place un cadre efficace pour prendre des décisions clés sur la constitution de transition ou sur la feuille de route.

Légalité des dispositions de transition

Il y a de fortes chances que la question de la légalité des dispositions de transition se pose. Il se peut en effet que les parties opposées aux forces qui accèdent au pouvoir contestent la légalité de leurs actions. La formule la plus sûre serait alors de se rabattre sur la constitution en vigueur. Comme nous l'avons vu, souvent cela n'est pas possible. D'autres soutiennent que de nouvelles dispositions peuvent se justifier en vertu du concept de « légalité révolutionnaire » (voir encadré 4). À moins que la légalité révolutionnaire ne soit balisée par des principes et des règles clairs, elle peut facilement dégénérer vers l'arbitraire, voire l'anarchie. Le mandat du peuple, qui est fréquemment invoqué ces derniers temps, est trop imprécis et son contenu trop contesté pour servir de base à la légalité révolutionnaire.

S'il est essentiel d'instaurer des dispositions de transition en dehors du cadre de la constitution existante, il importe pour leur légalité qu'elles soient basées sur un large consensus. Ce consensus peut éventuellement s'obtenir grâce à une table ronde réunissant les principales parties prenantes.

Gestion de la période de transition

Parlons à présent de la manière dont les dispositions de transition permettent de gérer la période de transition jusqu'à ce que la nouvelle constitution soit rédigée. L'un des facteurs important est le fait que le processus soit piloté par des éléments intérieurs ou extérieurs au pays.

Encadré 7. Changement « graduel » au Chili

Citons l'exemple du Chili : après le régime militaire, le général Pinochet a perdu le référendum organisé en 1998 pour déterminer son avenir en tant que candidat à l'élection présidentielle, à la suite de quoi, le pays a progressivement évolué vers un système démocratique. Entre 1989 et 2005, la constitution a été modifiée à dix-sept reprises, à tel point que deux commentateurs ont déclaré que si la dernière série de réformes était adoptée « les institutions pourraient bien [finir par] rattraper le processus démocratique en marche » (Esteban et Vial 2005).

S'il s'agit de facteurs externes, deux scénarios sont possibles : (a) le pays est pris en charge par la communauté internationale et une organisation régionale où les Nations Unies reprennent la gestion des affaires de l'État (comme au Cambodge, au Kosovo et au Timor-Leste), ou (b) il y a implication massive de la communauté internationale (comme en Afghanistan, en Bosnie-Herzégovine, en Irak et en Namibie). Dans le premier cas, le pouvoir n'est restitué au pays qu'une fois le litige « résolu », le droit et l'ordre rétablis (y compris un éventuel désarmement), une nouvelle constitution adoptée et des élections organisées. Dans le second cas, la coalition internationale œuvre en étroite collaboration avec les autorités nationales (qui ont souvent un statut « de transition ») et laisse les « sièges du pouvoir » ouverts à un processus électoral concurrentiel. En Namibie [1990], par exemple, l'autorité a été confiée à un administrateur sud-africain (favorable à la faction dominée par des Blancs), mais il exerçait ses pouvoirs en étroite concertation avec le représentant des Nations Unies, qui rendait compte en dernier ressort au Conseil de sécurité, par le biais du Secrétaire général. En Afghanistan [2004], l'Accord de Bonn prévoyait un gouvernement de transition qui devait recevoir l'aval d'une Loya Jirga d'urgence en partie élue, et il avait été demandé aux Nations Unies de lui porter assistance. Dans la pratique, les Nations Unies conseillaient Hamid Karzaï et fournissaient un important appui administratif.

Les dispositions du Cambodge [1996] et de l'Irak [2005] se situaient dans une position médiane, c'est-à-dire entre un contrôle total exercé par des intervenants extérieurs et des intervenants locaux. Au Cambodge, certaines fonctions étaient remplies par les Nations Unies, en particulier l'organisation des élections à l'assemblée constituante et la protection et la promotion des droits de l'homme. L'administration courante était assurée conformément aux décisions du gouvernement cambodgien, qui se composait de divers groupes politiques locaux.

En Irak, l'administration était tout d'abord entièrement sous l'autorité des États-Unis, représentés par Paul Bremer, désigné par le président des États-Unis et sous la supervision générale de l'Autorité provisoire de la coalition qui se composait des États-Unis et du Royaume-Uni. En juillet 2003, Bremer a nommé vingt-cinq Irakiens au Conseil de gouvernement irakien pour l'assister dans cette tâche. Ce conseil a nommé un conseil des ministres et un comité constitutionnel préparatoire. L'initiative de Bremer visait à accélérer

le processus d'adoption de la constitution définitive, car la classe politique irakienne était peu disposée à se hâter, considérant qu'elle avait besoin de temps pour une consultation publique et pour instaurer la confiance entre ses différentes composantes.

Le projet de Bremer a été torpillé par le grand ayatollah Ali Husaini al-Sistani, le plus influent des religieux chiites d'Irak, qui soutenait que seul un organe élu devait rédiger la constitution. La constitution de transition (la Loi administrative provisoire) a été rédigée par un comité du Conseil de gouvernement irakien et adopté par ce dernier. Un gouvernement de transition (composé pour l'essentiel de membres de l'ancien conseil) a été mis en place ; il était responsable des élections et du fonctionnement de l'assemblée constituante. La constitution a été adoptée dans les délais prévus et de nouvelles élections ont produit un nouveau gouvernement et un nouveau parlement.

La période de transition fut dominée par les préoccupations des États-Unis, et la Loi administrative de transition était en partie un document négocié entre les Irakiens et les États-Unis, abordant des sujets économiques et politiques d'intérêt particulier pour ces derniers.

Dispositions de transition gérées au niveau local

Dans la mesure où le début et l'évolution des négociations ont souvent pour effet de relancer le dialogue entre les parties, il n'est pas rare que les dispositions de transition soient modifiées au bout d'un certain temps. L'Afrique du Sud en est une bonne illustration. Elle est passée par deux phases distinctes de dispositions de transition. Tout d'abord, elle a maintenu le système et le gouvernement mis en place sous la constitution précédente (et contestée). Nelson Mandela était soucieux de maintenir une continuité juridique, mais l'ancien système était adossé à un processus décisionnel auquel participaient toutes les parties clés aux négociations. Un comité exécutif de ces parties a été créé dans le cadre du processus de paix. Le conseil des ministres a accepté d'exercer les pouvoirs du gouvernement et, autant que nécessaire, ceux du parlement, conformément aux conseils du comité. Grâce à ce mécanisme, certaines lois de l'apartheid ont été abrogées, et des progrès considérables ont été accomplis vers un nouveau règlement constitutionnel. Une deuxième étape a été franchie avec l'adoption d'une constitution de transition (adoptée dans le cadre de l'ancienne constitution) et la tenue, dans le cadre d'une constitution de transition, des premières élections générales non raciales du pays. Durant cette seconde étape, il y a eu la formation d'un gouvernement d'union nationale dans lequel étaient représentés tous les principaux groupes politiques. L'une des missions importantes confiées au parlement nouvellement élu était de rédiger et d'adopter la constitution définitive. Après la dissolution du parlement, des élections ont été organisées dans le cadre de la nouvelle constitution (et un gouvernement a été formé pour gérer la fin de la période de transition.

2.1.10 Recommencer quand un processus a « échoué »

L'échec, au sens de la non production d'une nouvelle constitution, semble être le sort de la moitié des processus constitutionnels dans le monde. L'échec, au sens où le processus n'a

abouti à aucune constitution viable, est lui aussi fortement répandu. Et dans d'autres cas, le processus peut constituer un échec aux yeux de certains parce qu'il n'a pas produit la constitution souhaitée. Mais un processus qui n'a pas abouti à une nouvelle constitution n'est pas forcément un échec. Il peut avoir permis de faire d'énormes progrès, y compris de se rendre compte que le pays peut continuer d'exister avec son actuelle constitution.

Au-delà de ces affirmations plutôt générales, nous notons ailleurs (voir la partie 2.3.14) qu'un échec peut intervenir pour différentes raisons, de différentes façons et à différents niveaux. Nous explorons ici certains des facteurs, ainsi que les stratégies, qui peuvent être pertinents au moment de décider s'il faut remédier à un « échec » et comment.

La situation n'est jamais identique à deux moments différents de l'histoire d'un pays. Les acteurs impliqués auront changé. La situation politique, les questions de paix et de sécurité et l'économie influent sur l'attitude des acteurs envers la nécessité d'une nouvelle constitution, et l'entité qui tient les rênes du pouvoir a elle aussi son importance. Parfois, les pressions exercées pour obtenir une nouvelle constitution visent en réalité à se débarrasser d'un dirigeant en particulier ou d'une certaine génération d'hommes politiques. Lorsque cet objectif est atteint, il est possible que, au moins pendant un certain temps, les citoyens se préoccupent beaucoup moins de changer la constitution. Et si les nouveaux dirigeants sont ceux qui faisaient pression pour un changement de constitution, il se peut qu'ils se découvrent un regain d'intérêt pour la constitution qu'ils dénonçaient naguère (maintenant qu'elle les a installés au pouvoir et leur permet de s'y maintenir). Enfin, ce processus, même en cas d'« échec », aura eu un impact : il aura façonné les connaissances des populations sur les constitutions, ainsi que leurs espoirs et leurs attentes. Elles peuvent être moins intéressées à y participer en raison du cynisme forgé par l'échec ; elles peuvent être mieux informées (ou penser l'être) ; elles peuvent aspirer encore plus désespérément au changement et être encore plus engagées à cette fin ; elles peuvent avoir tellement soif de changement qu'elles fermeront les yeux sur les lacunes présentes dans le nouveau projet de constitution.

Retour à la case départ

Après un temps assez long, l'échec d'un processus peut s'avérer sans grande pertinence, et pour l'essentiel, les mêmes questions demeurent pour ceux pour qui le passage à une nouvelle constitution revêt de l'intérêt ou reste une obligation, comme si le pays recommençait de zéro tout le processus.

Même si ce laps de temps n'est pas très long, le pays peut estimer que le meilleur enseignement à tirer de l'expérience consiste à tout reprendre – en usant le même processus ou un autre. En d'autres termes, rien n'est fait pour tirer un quelconque parti de celui qui n'a pas donné les résultats escomptés.

Abandon

La décision peut également être prise d'abandonner toutes les actions menées en vue de changer la constitution. À supposer que le pays tienne toujours au constitutionalisme,

l'option serait d'essayer de faire en sorte que l'actuelle constitution puisse fonctionner. Comme indiqué à la partie 2.1.2, ce serait une démarche avisée dans nombre de cas. Une constitution n'est jamais mise en œuvre entièrement, et l'histoire de beaucoup de pays serait tout-à-fait différente aujourd'hui, si les autorités et les citoyens avaient sérieusement essayé de mettre en pratique ce qu'ils avaient élaboré (en termes constitutionnels). Décider d'abandonner n'apaise certainement pas la demande pour une nouvelle constitution, sauf si les populations ont eu leur mot à dire dans la décision ou l'ont au moins approuvée, et que des dispositions vigoureuses et visibles sont prises pour faire fonctionner les institutions que propose la constitution.

Quid des pays « sans constitution » ?

Un pays qui « n'a pas de constitution » fera face à une variante particulièrement difficile de cette situation. En fait, il n'existe pratiquement pas de tel pays. Même un nouveau pays comme le Timor-Leste aurait pu adopter un ensemble d'institutions en se fondant sur la constitution de l'Indonésie. Certains diraient que la Somalie ne fait pas preuve d'un bon sens des priorités en essayant d'élaborer une constitution alors que même l'étendue du contrôle qu'exerce le gouvernement sur la capitale est contestée. Ce pays pouvait s'appuyer sur les institutions locales pour construire progressivement un État, ou recourir aux premières constitutions (ou alors faire de ses chartes provisoires des instruments plus permanents). Cette dernière solution – le recours à une constitution provisoire pour une longue durée – a été utilisée par divers pays, dont le Népal et le Soudan.

Changement progressif

Une autre formule possible consiste à abandonner l'idée d'un processus formel de révision constitutionnelle, et d'essayer de procéder à un changement graduel du texte existant, dans l'espoir qu'après un certain temps, le pays disposera d'un document opérationnel et légitime aux yeux des citoyens. Le Parlement israélien a adopté une série de lois définissant le cadre constitutionnel, en prévoyant que cela conduirait à terme à une constitution unifiée.

Ces processus soulèvent des interrogations : le résultat est-il cohérent ? Le processus est-il transparent et participatif ? Par ailleurs, certaines constitutions rendent le changement si difficile qu'il en devient impossible.

Reprendre là où l'on s'est arrêté

D'autres pays ont essayé de retenir ce qui a été considéré comme les acquis du processus qui a « échoué », pour les traduire en nouvelle constitution.

Des enseignements tirés du processus kényan – et qui peuvent valoir également pour d'autres pays – il ressort entre autre que :

- Les anciennes questions litigieuses qui préoccupent la classe politique (et sont relatives au pouvoir notamment) n'ont pas été résolues et menacent le nouveau processus autant qu'elles ont menacé l'ancien ;

- Il est difficile de s'entendre sur les questions qui sont « litigieuses », parce que d'autres sont constamment soulevées ;
- Des erreurs de conception faites dans le processus précédent, dont certaines délibérément pour le saper, resurgissent et affectent le nouveau processus ;
- Certains, dont des professionnels des médias, ont une mémoire extrêmement courte en ce qui concerne les détails de la constitution (en qualifiant de « nouvelles » des dispositions qui figurent dans plusieurs projets).

Encadré 8. Kenya : options pour « repartir à zéro »

Cette voie fut adoptée par le Kenya depuis le rejet du projet altéré du gouvernement lors d'un référendum en 2005. Diverses suggestions ont été examinées pour reprendre le processus, à savoir plusieurs combinaisons dont : une assemblée constituante, un groupe de constitutionnalistes et un référendum (sur décision des tribunaux) ; un forum multisectoriel plus un comité d'experts et un référendum ; l'élection du prochain parlement qui ferait office d'assemblée constituante ; une constitution provisoire, une assemblée constituante et un référendum ; ou l'abandon pur et simple de toute tentative d'élaborer une toute nouvelle constitution. Finalement, un comité « d'experts » composé de six nationaux et trois étrangers fut mandaté pour la préparation d'un projet, en tenant compte des différentes phases du processus échoué (voir l'étude de cas sur le Kenya, annexe A.7).

La question de la « volonté politique »

La mécanique du « recommencement à zéro » est une chose, mais susciter la volonté de recommencer en est une autre. Il est important de comprendre les raisons de l'échec du premier processus afin de provoquer un regain d'intérêt et un nouvel élan si l'on souhaite qu'un deuxième processus de révision majeure fonctionne cette fois. Au Kenya, un accord imposé avec succès au pays par la communauté internationale suite à une flambée de violence ethnique a contraint au réexamen de la constitution.

Ne pas se hâter pour changer la constitution

Certains ne seront pas satisfaits de la nouvelle constitution ; d'autres auront perdu du terrain sur certains aspects du débat, et d'autres le pouvoir. Ceux qui ont essayé de saper le processus continueront de soulever des questions relatives à la nouvelle constitution (bien qu'elles ne constituent pas de réelles objections par rapport au nouveau texte). Une fois qu'un pays dispose d'une nouvelle constitution, l'idéal serait qu'il continue d'aller de l'avant. Cependant, la mise en œuvre est une tâche énorme et les débats sans fin sur le contenu ne feront que la retarder. Le risque existe de voir un amendement constitutionnel remplacer l'ancien débat sur l'élaboration de la constitution. Naturellement, des amendements essentiels – lorsque, par exemple, certaines dispositions s'avèrent inapplicables – doivent être effectués, mais en

principe, durant les premières années d'existence de la constitution, tous les efforts doivent viser à la rendre opérationnelle telle qu'elle a été rédigée.

Encadré 9. Qui doit participer? Et comment? (ou ce que l'on appelle aussi la « cartographie de la participation »)

Lorsque démarre le processus d'élaboration d'une constitution, il importe de recenser tous les segments de la société qui doivent y participer en vue de dresser un tableau de la société avec toutes ses divisions et ses institutions, afin d'en faire un événement véritablement national auquel chacun a voix au chapitre.

Il existe souvent des groupes dominants – notamment dans des situations postérieures à un conflit où certaines parties au conflit semblent croire que le fait d'avoir pris les armes leur donne le droit exclusif à la participation.

D'autres groupes sont souvent exclus :

- Les femmes parce que généralement elles ne font l'objet d'aucune considération dans la société, ou parce que les acteurs du processus ne tiennent pas compte du fait que les pesanteurs culturelles et le rôle traditionnellement dévolu à la femme font qu'il leur est difficile de participer de la même manière que les hommes ;
- Les minorités ethniques ou religieuses ;
- Les castes ou les groupes ethniques exclus, parce qu'ils sont exclus des réunions, vivent dans des zones reculées, appartiennent à de petits groupes linguistiques ou ne comprennent pas les questions constitutionnelles ;
- Les non-ressortissants nationaux, même s'ils sont résidents de longue durée ;
- Les personnes âgées, obligées de rester à domicile ;
- Les immigrés qui, même s'ils sont ressortissants nationaux, peuvent être victimes d'exclusion.

Dans le cas d'une société qui sort d'un conflit, il se peut qu'il n'existe pas d'institutions véritablement représentatives de toutes les franges de la population.

En effet, le parlement, les partis politiques et le gouvernement local peuvent s'être effondrés, ou simplement s'avérer inefficaces ou non représentatifs (d'ailleurs, ceci peut avoir été à l'origine du conflit). Les parties et institutions formelles qui existent ne doivent pas être laissées pour compte car leur coopération peut être essentielle à la réussite du projet.

Les organisations formelles doivent être identifiées, notamment les syndicats et associations d'exploitants agricoles, les réseaux et organisations de la société civile, les chambres de commerces, les organisations professionnelles (enseignants, infirmiers, juristes), et les groupes de pression représentant les « autorités traditionnelles ».

Toutefois, la plupart des sociétés compteront beaucoup d'autres organisations : les travailleurs du secteur informel, les squatteurs, les victimes de conflits, les mutuelles d'épargne, etc. Pour la plupart, elles passent inaperçues, surtout pour les étrangers, mais aussi pour les nationaux qui ne se préoccupent que de la capitale. Dans beaucoup de pays, les églises, les temples et les mosquées peuvent représenter les principales organisations présentes dans la vie des populations, et les écoles un important foyer de vie et de communication.

Lorsqu'il s'agit de penser aux populations et à la manière de les faire participer, il ne faut pas uniquement compter sur les groupements formels. De nombreuses franges de la population ne seront pas du tout organisées, mais ont tout de même droit à la parole. Les femmes en particulier peuvent ne pas être organisées ; les personnes handicapées peuvent être occultées et les communautés exclues peuvent ne pas être associées aux structures nationales.

Les mouvements associatifs sont importants pour avoir une idée de la population et de ses divisions. Cependant, il ne faut pas partir du principe que les populations ne voudront participer qu'à travers les mouvements auxquels elles sont affiliées. En effet, un citoyen peut avoir des intérêts autres que ceux qu'il a en tant qu'exploitant agricole (représenté par l'association des agriculteurs), en tant que femme (représentée par l'association d'entraide féminine), ou en tant que chrétien (représenté par une église). Cette personne peut vouloir participer directement au processus constitutionnel en tant qu'individu. Cette partie du manuel se penche sur la question de savoir comment les populations peuvent participer et se faire entendre. Veiller à la participation de tous les groupements clés, et même de ceux qui peuvent ne pas être formellement associés à des groupements, contribue à promouvoir la transparence et l'appropriation du processus.

2.2 Participation citoyenne

Cette partie porte sur le rôle de la participation des citoyens dans l'élaboration de la constitution, de manière à favoriser un processus inclusif (voir encadré 9), et sur les risques et opportunités que présente un processus hautement participatif. Ensuite, elle décrit les actions menées par les organes constituants, pour promouvoir la participation citoyenne dans le processus officiel, à savoir les campagnes d'éducation civique et d'information, les consultations sur la pertinence du processus (et comment le mettre en place le cas échéant) ainsi que sur le contenu de la constitution.

Certains aspects de la participation citoyenne aux processus d'élaboration de constitution ne sont pas abordés dans cette partie, mais dans une autre section du document. La procédure référendaire est traitée au point 3.5, la participation de la société civile et des médias au point 4.1, et la représentation de la diversité de la nation dans son ensemble dans les organes

chargés de l'élaboration de la constitution, dans différentes sections de la partie 3 relatives à la création des institutions en charge de l'élaboration de la constitution.

2.2.1 Introduction aux questions relatives à la participation citoyenne

Évolution des modes d'élaboration des constitutions

Le fait d'axer la réflexion sur la participation citoyenne permet de comprendre la complexité et la dynamique de l'élaboration d'une constitution. En effet, les intérêts et les groupes (qui souvent s'impliquent ou souhaitent être impliqués dans l'élaboration d'une constitution) interpellent par leur diversité, et donnent une idée du degré de participation au processus. Cette diversité peut également donner des indications sur les questions qui vont dominer le processus, et attirer l'attention sur le poids relatif des groupes qui y participent et ceux qui le dominent. Grâce à cela, on peut aider à lever le voile sur le processus officiel en donnant un aperçu des processus de négociation et de prise de décision dans lequel les décisions clés sont prises, montrer l'influence des forces extérieures (qui dans l'ensemble ne figurent pas dans la conception du processus formel) souvent éloignées des feux de la publicité, et donner des indications sur le degré d'autonomie des acteurs nationaux pour mener le processus (voir la partie 4.2 sur le rôle de la communauté internationale).

Historiquement, l'importance accordée à une large participation populaire dans les processus d'élaboration de constitutions varie selon les régions. Dans un pays où il existe une tradition d'organisation et de représentation des groupes d'intérêts, même si elle fait l'objet d'interruption, la participation populaire directe n'est généralement pas une grande priorité. Une activité médiatique plus intense et une tradition de représentation plus affirmée donnent aux populations la possibilité de suivre les débats sur les questions constitutionnelles, sans nécessairement participer directement au processus officiel. Elles peuvent aussi exprimer par ce biais leur point de vue par des canaux établis, et non par des mécanismes de participation spéciaux mis en place dans le cadre du processus d'élaboration de la constitution. Par contre, lorsque les associations de la société civile, les syndicats, les organes de presse et les partis politiques ne sont pas nombreux, moins implantés ou limités dans leur champ d'action, il est généralement plus nécessaire de créer des mécanismes qui permettent la participation directe du citoyen, pour transmettre et recevoir l'information, promouvoir l'intérêt des citoyens pour la loi et construire le constitutionalisme. Pour ces raisons, la participation politique populaire reçoit une plus grande priorité en Afrique, en Amérique latine, en Asie et dans les îles du Pacifique.

Entre autres facteurs de taille justifiant l'importance croissante accordée à la participation citoyenne au processus d'élaboration de constitution, figurent la restauration de la démocratie dans plusieurs parties du monde depuis la fin des années 1980, et la reconnaissance de plus en plus affirmée de la souveraineté des peuples, la constitution étant la base de l'organisation et du fonctionnement de l'État. Le droit à la participation est prévu par plusieurs normes, en particulier le droit de participer aux affaires publiques (Article 25 du

Pacte international relatif aux droits civils et politiques), le droit des minorités à l'autonomie (Déclarations des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et sur les droits des personnes appartenant à des minorités) et le droit à l'autodétermination (Charte des Nations Unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Certaines autorités considèrent que ces instruments et d'autres sur les droits humains constituent le fondement de tout droit à participer à l'élaboration de la constitution. En dépit de ces raisons normatives et pratiques, l'opportunité d'une participation citoyenne suscite beaucoup de controverses. Avant de se pencher sur les controverses, expliquons ce que l'on entend par « participation citoyenne », quels sont les principaux participants et les principales méthodes de participation citoyenne.

Sens et différents aspects de la participation citoyenne

La participation citoyenne revêt plusieurs aspects, et l'on peut faire les distinctions suivantes entre les différents types de participation : (a) participation directe ou participation/représentation indirecte (le terme indirect pose les questions de modes d'élection, de nomination et de reddition des comptes, ou de communication d'information); (b) participation aux discussions, aux groupes de pression, etc., ou participation à la prise de décision ; (c) participation en tant que partie prenante à un processus officiel ou participation informelle avec des populations qui prennent leurs propres initiatives.

La participation citoyenne couvre un large éventail d'activités, dont le scrutin et la candidature à des élections ; la participation à la prise de décision (dans nombre d'institutions étatiques et en particulier le législatif et l'exécutif) parfois avec un droit de veto sur certaines questions ; les possibilités de peser sur les politiques officielles ; les formes d'auto-administration telles que l'autonomie ; et la participation aux organes consultatifs. La participation citoyenne aux processus d'élaboration constitutionnelle est plus spécifique, en ce qu'elle vise à influencer sur le résultat final, à savoir la constitution. Toutefois, même dans ce cas, elle prend diverses formes. Elle dépasse les procédures formelles de prise en considération des points de vue des populations, pour aller jusqu'aux initiatives privées visant à mobiliser le soutien et exercer des pressions sur les organes chargés d'élaborer la constitution, et ce même s'il n'existe pas de telle procédure formelle.

Il n'y a pas de modèle préétabli en la matière : la portée et la forme que revêt la participation citoyenne sont établies en fonction de la conception globale du processus. Parfois, il peut y avoir une tentative délibérée de limiter cette participation parce que l'on manque de confiance dans les populations en général, parce que ces populations manquent de compréhension sur des questions constitutionnelles ou de jugement moral, par crainte d'une constitution populiste ou d'un vaste programme de réforme ayant des implications majeures sur l'allocation des ressources. Certains soutiennent parfois qu'après la Deuxième Guerre mondiale, le manque de confiance dans la politique populaire a donné lieu à des restrictions sur la participation citoyenne au processus d'élaboration constitutionnelle (particulièrement en Allemagne et au Japon, même si dans ce dernier pays, l'on craignait que la pression publique n'empêche de procéder aux réformes politiques que les forces alliées jugeaient nécessaires).

La participation citoyenne peut intervenir à plusieurs phases de l'élaboration de la constitution, et ce sous plusieurs formes. Elle peut être plus intense à certaines phases. L'étape précédant le processus peut être non démocratique ; les principes préalables peuvent avoir été négociés entre des factions ou des groupes clos. Au dix-huitième siècle, le processus d'élaboration constitutionnelle des États-Unis est devenu plus ouvert et plus participatif au fur et à mesure de son évolution, après la rédaction de la constitution. Dans certains cas par contre, les premières étapes peuvent être les plus démocratiques et plus participatives : il arrive que des manifestations de grande envergure et la mobilisation de milliers de personnes puissent être à l'origine de l'enclenchement du processus (comme aux Philippines (1987) et au Kenya (2005)). À certaines étapes, la consultation publique peut être large, avec beaucoup de possibilités pour le citoyen d'exprimer son point de vue avant la préparation du projet. Et même après la préparation d'un projet initial, il peut être largement possible d'en discuter avant que des décisions définitives ne soient prises. Rien de tel que de pouvoir mettre la main sur un ensemble de recommandations concrètes, après de multiples propositions et contre-propositions. Parfois, aussi bien la phase initiale que la phase finale peuvent restreindre la participation citoyenne, dans la mesure où la prise de décision est souvent facilitée par une certaine confidentialité.

Parfois, le processus commence par des débats préliminaires sur les paramètres et les lignes d'orientations relatives aux futurs pourparlers. C'est ce que l'on appelle le « pré-dialogue » ou les pourparlers sur les pourparlers. (Comptes rendus 2007). (Voir la partie 2.1.9 sur les constitutions provisoires). Il s'agit généralement d'une affaire gérée par les élites, souvent à huis clos (comme ce fut le cas pour l'Irak, le Népal et les discussions échouées du Sri Lanka), bien qu'en Afrique du Sud et en Espagne les électeurs eurent la possibilité de ratifier les conclusions de ces processus initiaux à travers des élections. Souvent, les mécanismes provisoires limitent la participation citoyenne (comme en Afghanistan et au Népal).

Le niveau de participation citoyenne dans la préparation des projets de constitution varie. Souvent, la participation citoyenne est importante lorsque le projet est préparé par une commission indépendante (au Kenya et en Ouganda, il avait été demandé à la commission de promouvoir la participation citoyenne et de suivre les recommandations des citoyens dans la rédaction de la constitution). Il n'est pas rare qu'une commission distincte soit chargée de préparer un projet. Lorsque le projet est préparé par une commission du parlement ou par l'assemblée constituante elle-même (ce qui est plus rare), la participation citoyenne et la transparence sont moins évidentes.

Lors de la discussion et de la promulgation du projet, la participation citoyenne diminue dans la mesure où les membres de l'organe qui en est chargé (généralement le législatif, l'assemblée constituante ou l'organe équivalent) portent toute leur attention sur le projet – pour l'adopter, le rejeter ou l'amender. Toutefois, même à ce stade, la participation citoyenne peut se poursuivre par le biais de pressions, pétitions, manifestations publiques, etc. Certains processus prévoient le renvoi devant le peuple pour référendum, afin de résoudre les questions en suspens, mais le recours à ce procédé est limité (voir partie 2.5.2 sur les questions litigieuses). L'on fait généralement recours au référendum pour l'adoption ou non

du projet de constitution produit par un autre organisme (comme le législatif), et cela offre au citoyen une autre opportunité d'examiner son bien-fondé. Souvent, la décision finale sur l'adoption de la constitution dans son ensemble relève du législatif ou de l'assemblée constituante. Mais lorsque le projet est soumis au référendum, cette décision relève du peuple – la plus haute forme de participation citoyenne.

L'impact de la participation citoyenne

L'impact de la participation citoyenne ne dépend pas seulement de dispositions formelles sur la manière dont le processus d'élaboration de constitution et la participation sont structurés. Une grande partie de cet impact dépend de la force de persuasion des propositions, du poids politique des groupes de pressions (par exemple, leur proximité avec des intérêts puissants), ou du zèle avec lequel les organisations mènent leur campagne. Les propositions peuvent être adressées aux organes chargés d'élaborer la constitution, mais elles cherchent également à mobiliser les populations et à obtenir leur appui, pour mettre la pression sur les décideurs.

L'impact dépend également de l'approche adoptée par l'organe de décision dans la prise en considération et l'analyse des points de vue du citoyen, ainsi que de l'importance qu'il y accorde. La manière dont les organes officiels (commissions constitutionnelles, assemblées constituantes) traitent les propositions orales ou écrites qui leur sont faites revêt une importance capitale (voir la partie 2.2.4). Les propositions peuvent être manipulées, analysées de manière partisane, voire certains points de vue éliminés.

Les consultations peuvent intervenir du sommet à la base ou de la base au sommet. Généralement, elles se font à partir du sommet (lorsqu'elles sont lancées par des élites politiques ou de la société civile), mais, parfois, il y a des tentatives de partir de la base, comme au Kenya et en Ouganda. Au Népal, elles sont parties essentiellement du sommet.

La manière dont les populations sont informées des tâches relatives à l'élaboration constitutionnelle et leur chronologie, la manière dont elles peuvent interpeller les commissions ou l'assemblée, l'entité chargée de l'éducation civique et le contrôle du processus pour en garantir l'impartialité, constituent des éléments fondamentaux pour l'efficacité de la participation citoyenne.

La transparence et l'authenticité de l'analyse des points de vue sont essentielles à la crédibilité de tout processus. Au Kenya, les organes de décision engagés dans une large consultation publique ont analysé patiemment les opinions des citoyens, pour les prendre en compte dans le projet et la constitution finale. En Afghanistan, les décideurs étaient pour l'essentiel des dirigeants politiques ; la commission n'était pas un organe indépendant et les points de vue recueillis et analysés par la section de recherche et le secrétariat afghan n'ont pas été pris en considération. Analyser les points de vue des citoyens revêt une importance cruciale lorsque les institutions chargées d'élaborer la constitution sont tenues d'y incorporer les recommandations formulées par les populations (voir la partie 2.2.4).

La pertinence des organes de décision

La littérature sur la participation citoyenne est souvent axée sur les rapports entre le peuple et les organes de prise de décision. La composition de ces organes et les règles sur la base desquelles la constitution est élaborée peuvent également avoir de l'importance. L'on dit souvent qu'une commission constitutionnelle doit être indépendante et composée d'experts, et que les assemblées constituantes doivent être élues au scrutin proportionnel et non majoritaire. Toutefois, peu d'écrits sont disponibles sur l'indépendance des membres de l'assemblée. Au Népal, tous les membres de l'assemblée étaient élus sous la bannière de partis politiques et subordonnés aux chefs de partis. Il importe également de savoir comment les populations interagissent avec l'assemblée, une fois celle-ci engagée dans l'étape de prise de décision. Cela ramène au règlement intérieur qui détermine l'ouverture et la transparence de ses comités, de ses audiences publiques, etc. Trop souvent ces règles émanent d'un règlement intérieur des organes législatifs – ce qui peut être inapproprié pour un organe constituant. Cette question semble faire l'objet de trop peu de recherches. En ce qui concerne la participation des délégués, la portée et la qualité de la participation citoyenne dépend largement du règlement intérieur et de l'autonomie de l'assemblée. La participation des citoyens dépend aussi des activités politiques, consultatives, et des pressions des populations et de leurs organisations.

Participants

Le concept de « peuple » (ou de « citoyen ») est plus complexe qu'il n'y paraît. L'impact de la participation populaire ne peut être évalué correctement si l'on ne décompose pas ce concept de « peuple ». Le « peuple » en soi n'existe pas. Il existe plutôt des groupes religieux, ethniques, d'handicapés, de femmes, de jeunes, de peuples de la forêt, « d'autochtones », d'exploitants agricoles, de paysans, de capitalistes et d'ouvriers, de juristes, de médecins, de commissaires-priseurs, de politiciens actifs, ratés ou aspirants, chacun poursuivant ses propres intérêts. Ils apportent différents niveaux de compréhension et de compétences au processus. Les acteurs clés de la communauté internationale poursuivent eux aussi leurs propres objectifs. Il arrive que la composition ou les procédures des organes de décision dans le processus d'élaboration constitutionnelle privilégient l'un ou l'autre de ces groupes. À moins de croire en la main invisible qui guide le marché politique, l'on ne peut associer tous ces groupes pour contribuer à la production d'une « bonne » constitution. Il est essentiel de gérer la participation citoyenne adéquatement et équitablement pour aboutir à un bon processus. Malgré leur complexité, il est parfois impossible de ne pas utiliser les termes « peuple » et « citoyen », mais dans ce cas, il faudra garder à l'esprit les considérations citées ci-haut.

Un accord pourra aboutir plus facilement si les parties prenantes au processus sont peu nombreuses et les discussions confidentielles (mais parfois associer de nouveaux groupes peut aider, car les différends bipolarisés sont aussi difficiles à régler). Toutefois, même s'ils sont couronnés de succès, ces accords et la constitution qui en résulte dépendent largement de la bonne volonté des négociateurs et peuvent ne pas répondre aux préoccupations des populations. Il peut leur manquer de solides fondations sociales.

La participation de factions qui ont eu recours à la violence pour parvenir à leurs fins est particulièrement problématique (surtout en situation postérieure à un conflit). En effet, ils ont démontré leur peu de considération pour le respect des droits humains et toute résolution pacifique des différends. Souvent, ils exigent des préalables aux négociations de paix et à l'élaboration de la constitution, y compris l'amnistie pour avoir bafoué les droits d'autrui et porté atteinte à la paix. Ces amnisties suscitent des controverses et font penser que les auteurs de violences et d'abus vont simplement réaffirmer leur puissance et compromettre la sécurité et le bien-être des autres. Par contre, refuser de composer avec eux peut compliquer le processus de paix (l'Irak s'en est rendu compte avec la « purification » c'est-à-dire l'exclusion de la fonction publique de milliers de personnes accusées d'avoir fait partie du régime de Saddam Hussein). Accorder l'amnistie pour des délits antérieurs à la condition que de nouvelles violences ne soient pas perpétrées, peut être une incitation à mettre fin à la violence. Parfois, la solution consiste à différer la question de la reddition des comptes.

Dans des pays où le manque de confiance envers la classe politique est très marqué, la prédominance dont elle jouit généralement dans le processus d'élaboration de constitution est remise en cause. On peut arguer en effet que cette classe politique n'a que des intérêts particuliers ou partisans, étroitement liés à l'accès au pouvoir de l'État et à l'exploitation de ses ressources, qu'ils essayent de défendre ou de préserver à travers ce processus. Les politiques peuvent aussi avoir intérêt à fomenter des querelles ethniques pour maintenir leurs positions de leadership, sans se soucier de l'intérêt national. Ainsi, leur rôle peut s'avérer profondément conflictuel. Dans la mesure où la classe politique est parfois la principale bénéficiaire des ressources de l'État, certains soutiendront que son influence dans l'élaboration d'une constitution devrait être restreinte. Toutefois, il est exceptionnel de réussir à réduire cette influence, et dans la pratique, il est rare qu'une constitution soit préparée sans la pleine participation des politiques, puisqu'ils contrôlent l'État et les institutions chargées du processus d'élaboration de constitution.

Évaluation de l'impact de la participation citoyenne

Il est difficile d'évaluer l'impact de la participation citoyenne. Il est par contre plus aisé de mesurer le rôle que jouent les règles et les procédures dans le processus officiel. Traditionnellement, la participation citoyenne et le concept de pouvoir constituant ont été analysés sous l'angle de la principale procédure de prise de décision : par exemple, le référendum ou l'assemblée constituante. Les études sur l'élaboration constitutionnelle portent principalement sur les organes de prise de décision, et font souvent fi des pressions que peuvent subir les décideurs. Pour avoir un tableau complet, il est nécessaire de tenir également compte des processus informels, de la mobilisation de l'appui des groupes de soutien et des communautés, ainsi que de la contribution de la société civile en termes d'idées et d'organisation. En partie grâce à l'apparition de normes régionales ou internationales, beaucoup de segments de la société (femmes, personnes âgées, personnes handicapées, autochtones) peuvent mobiliser des campagnes impressionnantes. En outre, les efforts et l'influence de certains groupes sont évidents ou transparents, mais d'autres (acteurs internationaux, grandes ambassades, agences internationales) façonnent le processus à l'abri des regards.

L'absence d'accord sur les critères d'évaluation de l'impact de la participation citoyenne constitue une autre difficulté. Parfois, la préoccupation majeure est presque exclusivement de savoir si une nouvelle constitution a été élaborée, sans se soucier de sa qualité. L'inverse peut aussi se produire, à savoir s'il a été possible d'éviter une mauvaise constitution. On peut également aller au-delà du texte lui-même pour se focaliser sur la dynamique du processus et ses résultats au sens large du point de vue social et politique : le processus a-t-il apaisé les passions, a-t-il stimulé un débat public constructif, permis de mieux informer les citoyens et de les rendre plus actifs ? Il n'est pas difficile d'imaginer sur quoi les différents groupes choisiront de mettre l'accent dans leur évaluation.

L'impact de la participation citoyenne peut être analysé en se référant à divers facteurs, dont :

- Ses effets sur le résultat, c'est-à-dire le contenu de la constitution ;
- Le règlement ou, au contraire, la création de conflits, en particulier l'unité ou la désunion nationale ;
- L'élargissement du programme de réforme politique ;
- L'aptitude de la constitution à répondre aux aspirations et questions nationales ;
- La légitimité de la constitution ;
- Ses effets sur la conscience des populations (comprendre les rouages du gouvernement et donner la possibilité au peuple d'évaluer les politiques et propositions des politiques) ;
- Ses effets sur l'autonomisation des populations et leur volonté de participer aux affaires publiques ;
- L'encouragement à mieux comprendre et à apporter son soutien au constitutionnalisme.

Peu d'études ont été effectuées sur ces questions, et jusqu'ici peu de jugements fondés ont été formulés ; ces facteurs ont suscité des avis contradictoires. Il est donc nécessaire de mener davantage de recherches, surtout empiriques. Les principaux arguments ou affirmations des partisans et des détracteurs de la participation citoyenne sont présentés ci-après.

Les possibilités qu'offre la participation citoyenne

En sus des principes théoriques évoqués au début de cette section, il existe des justifications pratiques à la participation citoyenne. Dans un certain nombre de pays d'Asie, insulaires du Pacifique et d'Afrique, les partis politiques ne sont pas des partis populaires et ne représentent pas des groupes de personnes ayant des intérêts communs (à l'instar des partis occidentaux). Il n'existe pas non plus d'organes intermédiaires s'exprimant au nom du peuple. Souvent, la seule alternative, s'il est jugé opportun d'interagir avec les populations, consiste à les faire participer directement, dans les quartiers pauvres, les villages et les petites villes.

La participation citoyenne est censée consolider l'unité nationale à travers un processus inclusif reflétant la diversité religieuse et linguistique, en aplanissant les divergences nationales et en réalisant un juste équilibre entre l'identité et les valeurs nationales et celles des communautés régionales ou culturelles. L'implication des populations dans le processus d'élaboration de constitution peut permettre de réconcilier des parties en conflit.

La participation citoyenne permet d'autonomiser les populations en reconnaissant leur souveraineté, en développant leurs connaissances et leurs capacités et en les préparant à participer aux affaires publiques, à l'exercice et à la protection de leurs droits.

La participation des populations est importante pour l'élargissement du programme de réforme constitutionnelle et sociale. Ce programme est généralement établi par des élites très urbanisées. Lorsqu'ils sont invités à donner leurs points de vue, les populations rurales et les ouvriers présenteront certainement de nouvelles perspectives sur des questions telles que la participation citoyenne, la décentralisation, la terre, les besoins fondamentaux, l'obligation pour les députés et les autorités locales de rendre compte de leurs actes ; ces perspectives sont ancrées dans les réalités locales. La participation populaire peut amener différentes forces sociales au dialogue, à s'interroger sur les propositions des élites et des officiels, et dans une certaine mesure, à faire contrepoids aux politiciens. Jusqu'à une période récente, la classe politique jouait un rôle décisif, voire le rôle exclusif dans l'élaboration de la constitution. Mais partout dans le monde aujourd'hui, ses motivations et celles des partis politiques laissent apparaître cynisme et suspicion ; elle est perçue comme ne servant que ses intérêts personnels et partisans. L'élargissement du programme de réforme découlant de la participation populaire représente un correctif important. La participation citoyenne conduit souvent à souligner les valeurs et la morale, la responsabilité de l'État et l'intégrité des autorités, alors que la classe politique se focalise sur les pouvoirs et les institutions de l'État.

La participation citoyenne est rarement efficace sans éducation civique, qui permet au « peuple » de mieux comprendre les structures et mécanismes de l'État et ses obligations vis-à-vis de ses citoyens, qui sont généralement protégés par leurs droits fondamentaux. Grâce à ce processus, les populations apprennent à contrôler les institutions étatiques et à veiller à la reddition des comptes ; elles acquièrent connaissance et respect des principes du constitutionalisme. Les possibilités de participation citoyenne et les possibilités de financement qui l'accompagnent permettent de faire éclore et de développer la société civile, et non pas seulement d'en donner un reflet.

Un large processus de consultation peut également permettre de réduire le risque de mauvaises surprises qui peuvent surgir dans un processus, comme, par exemple, le fait de découvrir brutalement que l'appui en faveur d'un accord est caduc parce qu'un parti désaffecté et non représentatif a lancé une campagne publique et influencé l'opinion - ou qu'au dernier moment, des politiques ont conclu un marché pour saboter le processus ou se sont entendus sur des dispositions constitutionnelles qui vont à l'encontre de l'intérêt public. La participation de la population au processus permet de contrer rapidement ces coups bas.

Pour certains, une constitution produite sur la base d'un processus largement participatif sera plus stable, avec une plus grande perspective de longévité. Selon eux, elle sera très consensuelle et conforme aux attentes, et de moins en moins de voix s'élèveront plus tard pour demander sa renégociation. Beaucoup d'autres considèrent que la participation citoyenne confère une légitimité considérable à la constitution, permet aux populations de se l'approprier et d'être résolues à la défendre contre tout sabotage.

Risques potentiels liés à la participation citoyenne

Les partisans de la participation citoyenne sont critiqués car ils donnent une image idéaliste « du peuple ». La réalité, selon les critiques, est beaucoup moins réjouissante qu'il n'y paraît. En effet, celui-ci ne serait pas généreux ou nécessairement enclin à dialoguer sérieusement avec les autres parties prenantes. Il peut chercher uniquement à protéger ses intérêts et cela peut attiser les conflits, au lieu de les résoudre. L'une des principales raisons qui explique les problèmes liés à la participation citoyenne est que « le peuple », et même les leaders de groupes sociaux importants, cernent mal le rôle exact et la portée de la constitution. Qu'ils soient conservateurs ou populistes, certains peuvent être intolérants, sujets à la manipulation par les intégristes, condescendants vis-à-vis des experts et prolixes ; leur participation peut prolonger inutilement le processus.

Une autre crainte que fait nourrir la participation citoyenne est que dans une société divisée, le débat peut tourner autour de considérations ethniques et non nationales. La classe politique qui a intérêt à brandir la cause de l'origine ethnique défendra les intérêts de sa communauté, ce qui occulte non seulement les intérêts nationaux, mais conduit à une fragmentation et à des revendications contradictoires fondées sur l'origine ethnique. Lorsque la distinction est basée sur la religion, le discours se fait de plus en plus radical et vise à imposer des valeurs religieuses à tout le pays. Lorsque le discours se fonde sur l'origine ethnique, les différences culturelles peuvent donner lieu à de profonds désaccords sur des questions comme le choix de la langue nationale et la protection des droits des minorités. Dans l'un ou l'autre cas, ceux qui sont mal placés dans l'ordre religieux ou ethnique peuvent être réduits au silence et rester au bas de l'échelle. Des concessions aux normes et aux hiérarchies culturelles sont de nature à dévaloriser les droits individuels des citoyens, parce que la constitution reconnaît la communauté comme une importante entité détentrice de droits.

Mettre constamment l'accent sur la culture peut conduire à une constitution qui n'est plus en phase avec les dynamiques économiques et sociales internationales dominantes, ce qui contribuera à creuser l'écart entre la constitution et les réalités économiques et sociales et à augmenter d'autant plus les risques de conflit.

En outre, la participation citoyenne expose le processus aux influences extérieures. Pour beaucoup de pays (en Afrique, en Asie et dans les îles du Pacifique en particulier), dans les processus d'élaboration de constitutions, l'essentiel des ressources destinées à l'éducation civique (préalable essentiel à la consultation publique) provient d'États occidentaux, soit directement, soit par le biais d'agences internationales. Les normes internationales et les pratiques de ces États occidentaux déteignent fortement sur les matériels utilisés. Peu d'attention est accordée à l'histoire ou à la culture du pays concerné (parfois jugée non conforme aux principes des droits de l'homme). Des jeunes diplômés occidentaux sont souvent envoyés pour épauler les organisations non gouvernementales (ONG) locales, qui pour la plupart dépendent de fonds extérieurs.

Ces ONG chargées de l'éducation civique et parfois de recueillir les points de vue du citoyen, ont aussi été critiquées pour leur rôle de promotion de la participation citoyenne.

Encadré 10. Voile d'ignorance

Selon le philosophe John Rawls, la meilleure manière de concevoir une société serait que chacun évolue de manière rationnelle et soit soucieux de ses intérêts, mais derrière « un voile d'ignorance » qui masque ses propres caractéristiques : homme ou femme, handicapé ou non, langue, tribu, religion et âge. Les négociations entre ces personnes rationnelles mais ignorantes produiraient un système équitable pour tous (Rawls 1971). Dans la réalité, il n'est pas possible d'avoir des rédacteurs de constitution si avantageusement ignorants. Il peut arriver dans l'histoire d'un pays que des groupes soient ignorants – « Parmi nous, combien sont dans ce groupe ? » « Allons-nous remporter les prochaines élections ? ». Ces moments-là seraient propices à la production d'une bonne constitution – mais si l'on rate la coche, les attitudes peuvent se durcir et l'équité disparaître.

Les critiques se fondent entre autres sur les allégations que ces organismes dépendent de l'extérieur, souvent de sources internationales, qu'ils sont réceptifs aux opportunités économiques (« levées de fonds »), implantés en milieu urbain, non-démocratiques (ne sont pas des associations de membres), bureaucratiques, en rivalité pour les fonds et les responsabilités, peu familiers des questions constitutionnelles, et sont souvent alliés à des partis politiques (ou ethniques).

Le processus participatif est plutôt à l'opposé du « voile d'ignorance ». Cette théorie de John Rawls est fondée sur l'hypothèse selon laquelle les décideurs ne se rendent pas compte de leurs propres caractéristiques (noir/blanc, homme/femme, haute classe/basse classe), et votent donc non pas pour un intérêt particulier, mais pour l'intérêt général (Rawls, 1971). Dans le processus participatif, l'objectif est d'interagir avec des individus et des groupes aux intérêts divers, de manière à ce qu'ils puissent promouvoir ces intérêts (et non les intérêts généraux de tous les groupes et citoyens). Les intérêts particuliers sont souvent promus avec vigueur, et parfois même par l'intimidation.

La diversité des intérêts (souvent contradictoires) généralement en jeu dans un processus hautement participatif est telle qu'il s'avère difficile d'arriver à un accord. Les difficultés sont exacerbées lorsqu'il s'agit de trouver un consensus sur des questions constitutionnelles majeures. Beaucoup de temps et d'efforts peuvent être alors déployés pour essayer de parvenir à un consensus, après de complexes marchandages. Il peut arriver qu'un petit groupe se retrouve avec un pouvoir de veto. Bien qu'il soit prévu dans les processus un mécanisme permettant d'arriver à une décision en l'absence de consensus (voir la partie 2.5.2 sur les questions litigieuses), le processus devient trop long (bien au-delà du stade où le citoyen peut apporter une contribution utile). La constitution elle-même peut finir par être trop longue, car un règlement ne serait possible qu'avec la reconnaissance des revendications d'intérêts divers.

Parfois, entamer un processus participatif dans une société profondément divisée peut avoir des conséquences. En effet, les décisions ne sont pas prises en s'appuyant sur le caractère

participatif et transparent du processus, mais secrètement par un groupe de membres, voire même de non-membres, influents du processus.

Ainsi, la prise de décision est parfois mue moins par des « délibérations » (autrement dit un examen équitable de toutes les positions fondé sur les valeurs de la démocratie et du bien-être général), que par le populisme et le marchandage pur. Pour certains, ceci va à l'encontre de l'objectif d'une constitution, qui devrait consister à mettre en place un ensemble de dispositions visant les intérêts nationaux de manière rationnelle.

Le processus participatif peut parfois créer le sentiment (surtout au sein des groupes minoritaires) que c'est l'occasion ou jamais de réaliser ses objectifs, même s'ils n'ont aucun poids constitutionnel. À ce moment, les groupes de pression, qui n'ont pas confiance dans la classe politique, peuvent chercher à constitutionaliser des objectifs qui relèvent de la formulation de politiques, et non d'un cadre de prise de décision. Ces deux facteurs peuvent être préjudiciables aux « délibérations ».

Les perspectives d'une approche délibérative peuvent également souffrir de la tenue d'un référendum. La raison est que dans l'espoir d'encourager le « oui » au référendum, les décideurs soient poussés à introduire dans le projet de constitution des dispositions qui selon eux ont toutes les chances d'être acceptées par le peuple et même par quelque groupe particulièrement problématique (souvent d'obédience religieuse ou ethnique). Ce faisant, il se peut qu'ils renoncent à ce qui est rationnel et réalisable (voir la partie 3.5 pour de plus amples détails sur l'utilisation du référendum dans les processus d'élaboration constitutionnelle).

L'avis des experts (voir la partie 3.4.1) est souvent délaissé dans les processus participatifs. Une fois qu'ils ont pris le rythme et le pli du processus constituant et acquis le sentiment que ce processus leur appartient, les acteurs ont tendance à ne pas prendre en considération, voire à dédaigner, les avis de professionnels (ceci est souvent ancré dans les traditions plus conservatrices). Cela peut inciter certains à négliger ce que d'autres qualifient de règles « prudentes » relatives au mode d'élaboration et à la portée des constitutions. Les formes de tractations qui accompagnent un processus participatif sont susceptibles de conduire à l'élaboration d'un document non seulement très long, mais qui en outre pêche par manque de cohérence interne. L'applicabilité pratique du texte en pâtira au premier chef, en raison du lourd fardeau que représentent tous les intérêts divers qu'il est tenu de prendre en considération. Le caractère ambitieux de la constitution peut alors dépasser la capacité de l'État et ôter toute légitimité au texte.

Conclusion

Les points de vue sont extrêmement divergents sur les conséquences du processus participatif. Ces divergences se fondent d'une part sur des facteurs idéologiques, et d'autre part sur des raisons pratiques. Ce débat n'a jusqu'ici retenu que peu d'attention, ce qui rend difficile toute généralisation. Il convient de prêter une plus grande attention à la dynamique

de la participation citoyenne, aux phases où elle est la plus appropriée, et aux modes de participation citoyenne.

Il est clair que la participation citoyenne présente des avantages tant pour le processus que pour les perspectives de constitutionalisme à long terme. La plupart des objectifs d'un processus d'élaboration constitutionnelle, tels que la promotion de la réconciliation, le renforcement de l'unité nationale ou l'élargissement du programme social, ne peuvent être atteints en l'absence de participation citoyenne. Aujourd'hui, on s'accorde à reconnaître que certaines causes reposant sur les principes d'autodétermination et de droits politiques doivent faire partie intégrante du processus.

Toutefois, les dangers de la participation citoyenne sont également réels. Il s'agit d'éviter les pièges de la manipulation par des groupes d'intérêts, l'éthnicisation de l'opinion, le populisme, etc. Autrement, le processus constitutionnel deviendra simplement une autre façon de faire de la politique, et non pas un processus délibérant sujet à favoriser le consensus et la réconciliation. Il doit encourager les discussions non seulement entre les populations et les rédacteurs de la constitution (commissions constitutionnelles, assemblées constituantes, etc.), mais aussi entre les populations elles-mêmes. Ceci leur permet de prendre conscience de l'histoire, des contributions, des préoccupations et des aspirations des uns et des autres, et de développer cette compréhension si cruciale pour réaliser l'unité nationale, régler les conflits et bâtir la paix.

Tout processus délibérant doit offrir des possibilités de participation citoyenne qui ne soient pas ponctuelles et isolées, mais, au contraire, l'occasion de discuter et d'interagir en permanence au sujet de la conception du processus, des questions clés, de la préparation du projet et de la mise en œuvre finale de la constitution. La partie qui suit porte sur les principaux aspects pratiques de la préparation des citoyens à la participation, à travers l'éducation civique et la consultation à différentes étapes du processus.

2.2.2 Préparer les citoyens à la participation : l'éducation civique

L'élaboration d'une constitution implique de multiples choix sur des questions d'une grande complexité ; ceux qui sont chargés de procéder à ces choix doivent donc être parfaitement informés desdites questions (voir la partie 1.1). Dans un processus hautement participatif, il est demandé aux populations du pays concerné de contribuer à la décision sur ces choix, qui peuvent porter sur des problématiques que la majorité d'entre elles aura du mal à appréhender – il peut s'agir, par exemple, des nombreuses tâches à accomplir et des institutions à impliquer dans un processus d'élaboration de constitution, ou encore des motifs et des mesures qui permettront de faire de la constitution un instrument plus difficile à changer qu'une loi ordinaire (constitutionnalisation). Sans accès à des informations sur le processus ou des connaissances sur les choix constitutionnels envisagés, ou de simples connaissances de base, la plupart des citoyens auront peu de possibilités de participer de manière significative au processus.

Par conséquent, l'éducation civique est au cœur du processus participatif. Pour les besoins du présent manuel, on entendra par « éducation civique » dans un processus d'élaboration constitutionnelle, toute activité permettant de préparer les citoyens à y participer, avant et après la préparation et l'adoption de la constitution. Avant l'adoption de la constitution, préparer les individus consiste à améliorer leurs connaissances, non seulement du processus d'élaboration (pour qu'ils comprennent mieux la nature et la portée des possibilités qu'ils ont de participer), mais aussi des rôles d'une constitution et des choix de contenu possibles lors de l'élaboration d'une nouvelle constitution. Après l'adoption de la constitution, préparer les individus signifie développer leurs compétences et leurs connaissances pour leur permettre de prendre part à la vie publique et d'exercer et de protéger les droits que leur confère la constitution. Il importe de souligner que la participation au processus est également une forme d'éducation civique, et si le processus participatif est crédible, il peut changer les attitudes et les croyances, tout en instruisant les citoyens.

L'éducation civique est largement reconnue comme une composante importante du processus d'élaboration de constitution, surtout les processus hautement participatifs. L'on y fait référence dans les mandats officiels de certains organismes constituants, tels que la Commission constitutionnelle ougandaise, à qui les Statuts de 1998 confèrent le pouvoir de « stimuler le débat public et la connaissance des questions constitutionnelles ».

Tout programme d'éducation civique doit être ouvert, crédible et inclusif. Puisque la constitution a un impact sur toutes les populations du pays, elle doit représenter chaque individu – toutes les classes d'âge (des jeunes écoliers aux personnes âgées), et autant que possible, chaque composante importante de la société, qu'elle soit définie en terme de classe, culture, ethnie, religion, ou sur toute autre base. Elle doit viser en priorité ceux qui participent rarement à la vie politique du pays (comme les minorités et les groupes exclus). Pour réussir à préparer les populations à cet égard, il ne s'agit pas d'organiser un événement ou un atelier ponctuel, mais d'entretenir en permanence une culture de la participation citoyenne, des valeurs et pratiques démocratiques, ainsi que du constitutionalisme.

Cette partie donne un aperçu des objectifs en matière d'éducation civique, des discussions sur les organes ou acteurs qui doivent effectuer cette tâche, et une description de certaines des méthodes déjà utilisées dans des processus antérieurs. Elle comprend également une analyse des problèmes couramment rencontrés lors de la mise en œuvre d'initiatives plus formelles d'éducation civique dans les processus d'élaboration constitutionnelle. Des conseils pratiques pour l'amélioration des ateliers d'éducation civique y sont donnés en guise de conclusion.

Étapes clés de l'éducation civique

Les principales étapes du processus constitutionnel au cours desquelles sont souvent menées des campagnes d'éducation civique, ainsi que les principaux objectifs de ces campagnes incluent le suivant :

- **Avant le démarrage des principales phases du processus**, lorsque le but de l'éducation civique consiste essentiellement à informer les populations du processus et à attirer leur

attention sur les possibilités de participation citoyenne, ainsi que sur la manière dont elles pourront participer au processus ; les objectifs peuvent consister (selon la nature du processus en question) à préparer les populations à donner leur point de vue dès les premières étapes du processus sur des questions telles que :

- La manière de concevoir les dernières phases du processus ; et
 - Les questions à examiner durant le processus.
- **Avant la prise de décisions relatives à la constitution**, lorsque les objectifs d'instruction civique incluent l'aide aux populations en matière d'information sur les différentes étapes du processus, telles que :
 - La manière dont le processus est structuré et mené ;
 - Les objectifs du processus d'élaboration de constitution et les principes sur lesquels repose le travail de l'organe constituant le cas échéant ; et
 - Les rôles que peut jouer le citoyen dans le processus, et la manière dont il peut y participer.

À ce stade, l'éducation civique les informe des questions relatives à la nature des constitutions et des types de choix pouvant être adoptés au moment de prendre des décisions sur une nouvelle constitution, y compris des questions visant à mieux cerner :

- Ce qu'est une constitution, ce qu'elle peut faire et ce qu'elle ne peut pas faire ;

Encadré 11. L'éducation civique au Rwanda avant le référendum (2003)

Au Rwanda, le référendum a été précédé de deux années d'éducation civique. Des exemplaires du projet de constitution ont été distribués et de grands efforts déployés pour atteindre les groupes exclus, dont ceux qui ne pouvaient ni lire, ni écrire, pour les informer du contenu et les aider à décider de voter ou non pour le projet. Ces efforts semblent avoir été payants, le processus ayant enregistré un taux de participation élevé et débouché sur un vote écrasant en faveur de la constitution.

- L'histoire constitutionnelle du pays et les raisons justifiant la nécessité d'une réforme constitutionnelle ;
- Les principes, institutions et pratiques démocratiques visant à promouvoir des comportements et attitudes plus démocratiques ;
- Des questions constitutionnelles clés pour permettre au public de faire des commentaires avisés lors de toute consultation publique.

Encadré 12. Afrique du Sud [1996]: préparation des citoyens à la participation au processus

Les dirigeants de l'assemblée constituante de l'Afrique du Sud n'étaient pas légalement mandatés pour procéder à l'éducation civique. Ils avaient déclaré qu'ils allaient impliquer les citoyens et les consulter sur la constitution, car cela serait de nature à créer un sens d'appropriation et de légitimité du processus et de la constitution.

L'organe de l'assemblée chargé de la gestion administrative créa un département de liaison communautaire, qui a consacré quatre mois à la planification du processus. Il s'agissait principalement d'atteindre autant de citoyens que possible, y compris les illettrés et les défavorisés, par le biais de réunions constitutionnelles publiques ouvertes, de rencontres avec les organisations de la société civile, de campagne publicitaires et médiatiques, et d'ateliers d'éducation civique.

Le département de liaison communautaire travailla en étroite collaboration avec le département des médias de l'assemblée constitutionnelle pour le lancement d'une campagne de sensibilisation sur le processus prévu (beaucoup d'autres réformes gouvernementales cherchaient également à retenir l'attention des citoyens), et pour encourager les citoyens à participer. La campagne médiatique a mis l'accent sur le rôle du citoyen dans le processus, avec des slogans tels que « Vous avez le droit de décider de vos droits constitutionnels » et « Vous avez imprimé votre marque » (pour dire « Vous avez voté ; maintenant vous avez votre mot à dire »). Le premier mois fut une phase pilote. Des groupes extérieurs furent contactés pour évaluer l'efficacité des messages et y apporter des corrections si nécessaire.

Le département de la liaison communautaire fit également de l'éducation civique sur le processus et les questions constitutionnelles, grâce à des affiches, des brochures, des dépliants, un bulletin d'information bihebdomadaire dénommé « Constitutional Talk » (*Débat constitutionnel*) (160.000 exemplaires distribués chaque semaine), de petits livrets tels que « You and Building the New Constitution » (*La Nouvelle Constitution et Vous*), des bandes dessinées et un site Internet officiel (mis au point avec l'Université de Cape Town). Une émission télévisée hebdomadaire, Constitutional Talk (*Débat constitutionnel*), encourageait les débats sur les questions constitutionnelles, comme la peine de mort. Un programme radio interactif en quinze langues fut créé, touchant chaque semaine dix millions de Sud-Africains. Dix-mille personnes ont appelé la permanence téléphonique baptisée Constitutional Talk Line (*Ligne du Débat Constitutionnel*), pour déposer des propositions ou recevoir des informations. Cette ligne était disponible en cinq langues. (Voir, de façon générale, Skjelton, 2006).

Le département de liaison communautaire créa un programme d'éducation civique qui bien que non prévu au départ, a concerné des centaines d'organisations de la

société civile. Les 486 ateliers présentiels organisés ont ciblé les communautés défavorisées du pays. Des éducateurs civiques furent recrutés et formés, et un manuel créé pour s'assurer que les messages et la méthodologie soient cohérents. Les ateliers de trois heures utilisaient des méthodes participatives telles que les jeux de rôles avec pour objectif d'inculquer aux citoyens défavorisés des connaissances sur le processus, l'histoire constitutionnelle de l'Afrique du Sud et les droits humains, mais aussi encourager les participants à apporter leur contribution. Ces formations ne portaient pas sur des questions constitutionnelles précises, sur des options ou le projet de constitution lui-même, et la plupart furent organisées après les réunions de consultation publique.

Des panels multipartites composés de membres de l'assemblée constituante ont pris part à ces réunions, et ce dans l'ensemble des neuf provinces du pays. Il s'agissait d'informer (les citoyens posaient des questions aux membres et recevaient des informations sur le processus) et de recueillir des points de vue sur les questions constitutionnelles avant la préparation du projet de constitution. Pour la première fois, la population vit des factions autrefois en guerre, s'asseoir autour d'une table et discuter paisiblement de questions constitutionnelles. Le processus créa également un précédent, avec l'entrée en politique des Sud-Africains noirs, comme jamais ils ne l'avaient fait auparavant.

Quatre millions et demi d'exemplaires du projet de constitution (dans une version simplifiée) furent envoyés gratuitement par courrier, distribués dans les taxis, les journaux et les écoles. Des exemplaires de la constitution finale furent envoyés aux membres des forces officielles de sécurité, des versions en braille et des enregistrements de la constitution définitive furent réalisés, ainsi qu'une version en bande dessinée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Du matériel pédagogique sur la constitution finale fut distribué aux écoles, durant la « National Constitution Week » (*Semaine Nationale de la Constitution*), instaurée pour promouvoir le constitutionnalisme et l'appropriation de la nouvelle constitution de l'Afrique du Sud. Pour assurer les tâches postérieures à l'adoption, le département de la liaison communautaire a continué de fonctionner pendant quelques mois après que l'assemblée constituante ait fini son travail.

Il est ressorti d'une évaluation extérieure que les trois quarts des Sud-Africains, soit environ trente millions d'individus avaient entendu parler du processus et qu'une vingtaine de millions savaient qu'ils pouvaient faire une proposition sur les questions constitutionnelles. Nul ne sait clairement ce que signifient ces chiffres en termes de préparation des citoyens à se prononcer sur des choix constitutionnels – l'un des objectifs affichés du programme d'éducation civique. Néanmoins, la profondeur et la créativité du processus participatif sud-africain ont convaincu maints rédacteurs de constitution de la nécessité de préparer le citoyen à participer au processus.

- **Après la préparation d'un projet de constitution**, lorsque l'éducation civique a pour objectif d'informer les populations du contenu du projet (et si des consultations publiques ont été faites auparavant, pour les informer de la manière dont leurs points de vue ont été pris en considération dans le projet) et de préparer les citoyens à faire des commentaires sur le projet ;
- **Avant tout référendum sur la réforme constitutionnelle**, lorsque l'objectif de l'éducation civique sera d'informer les populations sur le processus référendaire et le contenu du projet de nouvelle constitution ;
- **Après l'adoption de la constitution**, lorsque l'objectif de l'éducation civique consistera à informer le citoyen sur :
 - le contenu de la constitution (un débat visant toutes les audiences, y compris les jeunes écoliers) ;
 - comment des dispositions clés revêtant de l'intérêt pour des groupes ou des communautés en particulier affectent leurs vies, et comment la constitution peut permettre d'obtenir et de jouir de droits spécifiques ;
 - les responsabilités civiques prévues par la constitution ; et
 - les responsabilités clés qui incombent aux acteurs de l'État et à d'autres pour mettre en œuvre la constitution (par exemple, former le pouvoir judiciaire sur les nouvelles obligations ou changements institutionnels qui résulteront de la constitution).

Afin de donner au lecteur un aperçu des différentes étapes et comment ces objectifs sont mis en œuvre, l'encadré 12 donne un résumé des efforts déployés par l'Afrique du Sud pour préparer le citoyen à participer au processus constitutionnel.

Qui mène les programmes d'éducation civique ?

Les organes chargés de l'élaboration de la constitution sont parfois mandatés pour faire de l'éducation civique. Même si ce rôle ne leur est pas dévolu, certains de ces organismes peuvent toujours se l'arroger, généralement suite à un engagement en faveur d'un processus axé sur le peuple (l'Afrique du Sud en est une bonne illustration).

Les tâches requises pour préparer les populations à participer peuvent sembler insurmontables. Cependant, les personnes chargées d'élaborer la constitution s'acquittent rarement seuls de ces tâches. Lorsqu'ils sont invités à le faire, ils sont épaulés par un organe de gestion administrative (voir partie 3.3) ou une institution de l'État. En outre, les médias et la société civile (y compris les groupements féminins, les organisations des droits de l'homme, les syndicats, les organisations religieuses et les groupes minoritaires) jouent souvent des rôles significatifs à cet égard.

Dans certains processus, un programme national est créé ; la société civile et les dirigeants locaux s'accordent pour suivre ce programme et sont formés pour l'utiliser. Une durée suffisante doit être prévue pour la formation des éducateurs, afin qu'ils puissent dispenser correctement ce programme, en ayant recours notamment aux méthodes participatives. Pour

définir clairement les responsabilités des différents intervenants et les liens entre eux, les auteurs de constitution pourraient conclure des protocoles d'accord avec les entités chargées de l'éducation civique, et les inviter à signer un code de conduite (voir annexe C.2). Parfois, des mécanismes sont également mis en place pour s'assurer que le programme d'éducation civique est réellement exécuté comme convenu.

Un organe constituant qui noue de bonnes relations de collaboration avec la société civile et les médias pour proposer un programme d'éducation civique efficace crée souvent un précédent ouvrant la voie à une future participation ouverte et démocratique à la gouvernance. Il en résulte souvent que l'organe constituant et le processus lui-même seront de ce fait jugés crédibles, accessibles et transparents.

La société civile peut parfois prendre l'initiative de dispenser l'éducation civique. L'idéal serait qu'il y ait une coordination avec le processus officiel, mais il arrive que l'organe constituant adopte une approche descendante, et n'ait aucun intérêt à associer les populations. Dans ce cas, la société civile peut décider d'agir de son côté pour promouvoir un processus participatif (voir la partie 4.1).

Planifier l'éducation civique

Le paragraphe 2.3.2 porte sur la préparation des plans stratégiques et opérationnels des processus constitutionnels, plans qui doivent normalement comporter des dispositions relatives aux programmes d'éducation civique. L'encadré 23 propose des idées concrètes sur la manière de planifier ces programmes. Si les ressources sont limitées, l'organe constituant peut se rabattre sur les moyens existants pour dispenser l'éducation civique, telles que les organisations communautaires, les institutions universitaires, les écoles, les églises, les chaînes de télévision populaires, les blogs, les sites Internet ou les programmes radiophoniques, ainsi que les programmes de l'État.

Conseils pratiques pour la planification

- S'assurer de consacrer suffisamment de temps à la planification. En Afrique du Sud (voir encadré 12), les planificateurs ont consacré quatre mois à la planification de l'éducation civique et des consultations publiques ;
- Des études préliminaires peuvent s'avérer nécessaires pour déterminer le niveau de connaissance des citoyens sur les pratiques démocratiques et les constitutions, ainsi que les attitudes, croyances, etc. Le plan devra déterminer quel est le niveau de connaissances civiques et constitutionnelles indispensable pour pouvoir participer de manière effective, ou quelles devront être les priorités ;
- Dans un processus hautement participatif, l'organe constituant doit avoir comme objectif de faire en sorte que des informations justes et des messages efficaces à caractère civique ou pédagogique touchent une audience large et représentative – en particulier des groupes de la société qui ont été toujours exclus par le passé (voir encadré 9 afin de s'assurer que le programme soit inclusif) ;

- La plupart des organes chargés d'élaborer les constitutions ne disposent pas de temps et de ressources illimités ; par conséquent, ils doivent décider ce qui est faisable et rentable. Par exemple, il serait intéressant de lancer un site Internet perfectionné, mais s'il n'y a qu'un infime pourcentage de la population pour l'utiliser, il serait mieux d'investir les ressources ailleurs ;
- Il convient d'effectuer des évaluations de l'impact des initiatives d'éducation civique pour mesurer si les résultats escomptés sont atteints ; certains responsables de l'élaboration de constitution ont recruté des experts en éducation civique ou en publicité pour mener des études, mettre au point et expérimenter des techniques d'éducation civique.

Techniques d'éducation civique

La plupart des programmes d'éducation civique allient plusieurs méthodes pour atteindre les différents groupes et communautés. L'expérience de l'Afrique du Sud (évoquée dans l'encadré 12 ci-dessus) est assez significative. Dans les cas où il existe des médias indépendants, compter largement sur les médias est monnaie courante (voir partie 2.3.11 qui porte sur les relations avec les médias). Il peut s'agir d'établir des liens avec des journaux, stations de radio ou de télévision fiables, ou pour l'organe chargé de l'élaboration de la constitution, de développer la capacité requise pour produire ses propres programmes et exploiter les outils des réseaux sociaux.

Une étude s'avérera peut-être nécessaire pour déterminer le moyen ou la méthode la plus efficace pour atteindre un groupe donné au bon moment afin de transmettre l'information de la manière la plus fiable et la plus crédible possible. Souvent, les ONG internationales sont en mesure de financer ces études. Transmettre efficacement des informations et des messages éducatifs à une audience donnée dépend fortement du contexte et de la culture locale. Ce qui a réussi quelque part peut échouer ailleurs. En général, il est nécessaire de tenir compte des différences entre les audiences dans un même pays (par exemple, les femmes, les citoyens illettrés et les minorités). Cette partie présente des exemples de techniques d'éducation civique utilisées à différentes étapes du processus d'élaboration de constitution.

Télévision et radio

Des études menées dans soixante districts du Népal ont montré que 90 pour cent de la population écoute la radio pratiquement deux heures par jour, et que celle-ci est considérée comme la source d'information la plus fiable. Dans la plupart des pays en voie de développement, c'est la radio qui a généralement la couverture d'audience la plus large. La radiodiffusion FM a permis de multiplier les stations radio et de répondre ainsi aux besoins de la plupart des groupes linguistiques. Dans les pays où l'approvisionnement en électricité n'est pas régulier, les radios à batterie peuvent être utilisées. Lorsque les batteries sont trop chères, les donateurs distribuent parfois des appareils à bobine ou à batterie solaire (par exemple, en République démocratique du Congo, au Liberia et au Malawi).

La radio et la télévision offrent pléthore de moyens créatifs pour sensibiliser et informer les citoyens. Les pièces de théâtre, y compris les prestations ponctuelles et les séries, ainsi que les débats, les interviews, les contes traditionnels et les chants sont autant de moyens de véhiculer des informations ou des messages éducatifs. En Afghanistan et au Népal, des thèmes portant sur les questions constitutionnelles ont été intégrés dans les feuillets radiophoniques diffusés par les radios populaires.

Les programmes et débats interactifs peuvent servir de plateforme pour poser des questions, et susciter des discussions sur des questions constitutionnelles. Les télévisions, les radios et les sites Internet des organes chargés d'élaborer les constitutions peuvent diffuser en direct les sessions des assemblées constituantes. À Nauru, la radio a été mise à contribution pour retransmettre les débats de la commission chargée d'élaborer la constitution, sur chacune des clauses du projet de constitution. Un nombre inattendu de personnes a suivi de près les débats et la population a trouvé intéressant de voir combien ces débats étaient complexes. Des concerts et événements sportifs ont aussi été organisés dans la période autour du processus constitutionnel. La rediffusion de programmes à différents moments de la journée peut permettre de toucher différents groupes (par exemple, les femmes qui suivent les programmes à des heures différentes des hommes), ou donner la possibilité de réécouter les informations.

Au Brésil, l'organe chargé de l'élaboration de la constitution a complété l'action des médias populaires en créant son propre organe médiatique. Son centre de presse a produit 716 programmes de télévision et 700 programmes de radio qui ont été distribués à plusieurs stations, et certains sont diffusés tous les jours (Rosenn 2010 : 445).

Imprimés

À Nauru, petit pays insulaire du Pacifique Sud, où la moitié du territoire ne recevait aucun signal (ni radio ni télévision), trois grands panneaux d'affichage ont été placés à des endroits stratégiques très visibles. Sur l'un d'eux était affiché : « La constitution appartient au peuple. La révision nous permettra de mieux connaître la constitution et d'être des citoyens actifs de Nauru, » et sur un autre, : « La constitution appartient au peuple de Nauru. La révision est l'occasion d'en faire une Constitution véritablement nauruane. Votre point de vue et vos opinions seront sollicités dans la deuxième phase, la consultation publique. ». Le troisième présentait les six étapes du processus de révision (Le Roy, 2010).

Les journaux, les magazines et sites Internet populaires peuvent être rémunérés ou encouragés à publier :

- Des exemplaires du projet de constitution, du texte final de la constitution ou de tout autre document important ;
- Des appels à proposition d'options constitutionnelles avec une adresse où les envoyer ;
- Des informations relatives à des événements, activités ou échéances liés au processus d'élaboration constitutionnelle ;
- Des chroniques régulières qui répondent aux questions des lecteurs sur le processus constitutionnel ;
- Des articles ou bandes dessinées sur le processus.

Des actions internes peuvent également venir compléter ces initiatives. On pourra, par exemple, produire des bulletins d'information, brochures, affiches, dépliants et livrets sur des supports divers et variés qui traitent des débats exhaustifs sur des questions complexes jusqu'aux bandes dessinées sur le processus ou la constitution. En Afghanistan et dans d'autres pays, des magazines bihebdomadaires ou mensuels ont été distribués à plus de cent mille lecteurs. La diffusion de ces publications peut se faire par les sites web, Facebook, Twitter, etc. Certains pays ont utilisé les antennes régionales ou locales des organes chargés d'élaborer la constitution pour diffuser des documents dans des zones reculées. On pourra également mettre à contribution les nouvelles technologies telles que les livres numériques qui peuvent être distribués aux communautés après y avoir préinstallé du matériel d'éducation civique.

Pour préparer les populations à exprimer leur point de vue, l'Ouganda a fait distribuer la constitution accompagnée d'un manuel intitulé « Guide des questions constitutionnelles », et d'un document expliquant comment préparer des mémorandums contenant des propositions sur les questions constitutionnelles. Dans plusieurs pays, après la production d'un projet de constitution, ou après l'adoption d'une nouvelle constitution, les organes chargés d'élaborer la constitution ont préparé des manuels expliquant le texte de la constitution, et la raison de certains choix. Dans certains cas, des bandes dessinées ont été publiées pour les citoyens ayant un faible niveau d'alphabétisation.

Encadré 13. Exemples de sites officiels d'organes constituants

Assemblée constituante de Bolivie (en espagnol) :

<http://www.laconstituyente.org/>

Assemblée constituante de l'Équateur (en espagnol) :

<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/>

Commission juridique du Malawi – Révision Constitutionnelle :

<http://www.lawcom.mw/index.php/constitutionreview>

Assemblée constituante du Népal (en népalais et en anglais) :

<http://www.can.gov.np/en>

Zambie : Conférence constitutionnelle nationale :

<http://www.ncczambia.org/aboutthencec.php>

En Équateur, un glossaire constitutionnel fut confectionné pour familiariser la population avec les termes relatifs au référendum constitutionnel prévu. Au Kenya, un jeu a été créé pour faire comprendre les droits humains (même si en réalité il a été produit avant le processus d'élaboration constitutionnelle). Tous ces supports sont de nature à promouvoir les activités d'éducation civique. Au Népal, par exemple, une grande affiche a été conçue pour illustrer les différentes étapes du processus ; elle a été utilisée pour lancer les débats sur le processus.

Évènements sportifs et culturels, jeux et compétitions

Aux Fidji, un concours d'art a été organisé sur le thème de la nouvelle constitution. D'autres pays ont organisé des concours de poterie, de chant et de rédaction pour encourager la population à participer au processus. Ces concours s'adressaient aux adultes et aux élèves. Les évènements sportifs peuvent aussi servir de moyen efficace pour présenter le processus d'élaboration constitutionnelle aux jeunes.

Site Internet officiel de l'organe constituant

Beaucoup de processus d'élaboration constitutionnelle récents ont bénéficié de la création d'un site Internet. L'organe chargé de l'élaboration de la constitution pouvait ainsi communiquer avec la population et la consulter directement. Ceci s'avère utile lorsque les médias ne sont pas impartiaux, inexpérimentés, ou ne sont pas suffisamment formés pour transmettre des informations de manière exacte. Internet offre au citoyen un autre moyen de recevoir des informations.

La population peut également être encouragée à formuler des questions, des commentaires et des suggestions directement sur le site Internet ou via des liens vers des réseaux sociaux. Toutefois, l'organe constituant doit avoir les ressources nécessaires pour répondre et gérer efficacement le flux d'informations. Si cinq mille questions sont posées, l'idéal serait que chacune reçoive une réponse. À cet égard, réserver une partie du site aux questions fréquemment posées permet de répondre aux questions de base.

Un site Internet officiel peut être une ressource précieuse pour la population, les journalistes, les membres de la société civile, les conseillers au processus, les acteurs étatiques, les acteurs internationaux, et surtout les membres de la diaspora. La volonté de l'organe constituant, de mettre en ligne son budget, les projets de constitution, et d'autres documents clés peut contribuer à rendre le processus plus transparent, plus ouvert, et, par conséquent, plus crédible. La liste ci-après énumérant les rubriques que l'on pourra trouver sur un site Internet officiel est inspirée de l'expérience tirée d'un certain nombre de processus :

• Page introductive

- Aperçu du rôle et de la structure de l'organe constituant ;
- Aperçu des raisons pour lesquelles le processus a lieu.

- **Informations relatives à la manière dont la population peut participer ou mieux s’informer sur le processus**

- Un calendrier du processus d’élaboration de constitution (les principales étapes et la durée estimée) ;
- Informations sur les constitutions, l’élaboration constitutionnelle et les questions constitutionnelles ;
- Évènements, activités et sessions publiques à venir ;
- Dates et objectifs des évènements ou activités.

- **Biographies des dirigeants et membres de l’organe constituant**

- Fournir des informations sur leur parcours, mais aussi sur leur sélection, leur élection, leurs fonctions et leurs pouvoirs.

- **Liste des commissions et autres groupes de travail de l’organe constituant**

- Description du mandat et noms des membres des commissions ;
- Informations sur les prochaines réunions et leur ordre du jour ;
- Projets de rapports et rapports finaux des comités pertinents.

- **Exemplaires des documents clés relatifs au processus**

- Exemplaires de la constitution en vigueur et de la précédente constitution du pays, ainsi que des lois et autres documents nécessaires à la mise en place du processus d’élaboration constitutionnelle ;
- Tous les supports pédagogiques nécessaires ;
- Études publiques, questionnaires et appels à propositions ;
- Communiqués de presse et tous rapports de l’organe constituant ;
- Règlement intérieur, budgets, avant-projets de constitution proposés, document final de la constitution et rapports de l’organe constituant ;
- Code de conduite des rédacteurs de la constitution et des autres acteurs concernés.

- **Vidéos ou enregistrements audio en ligne**

- Délibérations, sessions, réunions de consultation publique et autres évènements en temps réel.

- **Questions et réponses**

- Liste des questions fréquemment posées sur le processus ;
- Mécanisme permettant aux citoyens d’obtenir des réponses aux questions posées sur le processus ou les questions constitutionnelles.

- **Recueillir le point de vue des citoyens**

- Plateforme permettant de recueillir les points de vue des citoyens sur la consultation (voir la partie 2.2.3 sur la consultation publique).

- **Liens hypertextes vers des sites Internet externes (y compris vers des réseaux sociaux) et outils de recherche**

Services de messagerie mobile et réseaux sociaux

L'organe constituant peut faire usage de services de messagerie mobile ou de réseaux sociaux tels que Facebook ou Twitter pour envoyer des informations importantes telles que les résultats d'un vote relatif à une disposition essentielle de la constitution, l'ouverture des bureaux de vote pour un référendum ou l'adoption finale de la constitution. Les messages texte et les réseaux sociaux peuvent également constituer un excellent moyen de communiquer avec les jeunes. L'Afrique du Sud a mis en place une permanence téléphonique pour que le public puisse poser des questions ou faire des suggestions (voir dans l'Encadré 22 comment l'Islande a utilisé les réseaux sociaux pour élaborer sa constitution).

Ateliers d'éducation civique

Les ateliers en « face à face » durant lesquels les citoyens participent physiquement sont un moyen classique de mettre en oeuvre les programmes d'éducation civique. En général, ils servent à compléter les messages (au sujet du processus d'élaboration de constitution et des possibilités de participation offertes aux citoyens) portés par d'autres moyens (télévision, radio et presse écrite) mais leur rôle est souvent crucial dans ces programmes. En effet, ils permettent de faire une certaine publicité au processus constitutionnel et mettent les acteurs de ce processus en contact direct avec le peuple, leur permettant ainsi de juger par eux-mêmes de la connaissance que « le peuple », ou les groupes sociaux particuliers, ont des questions constitutionnelles.

Le plus important, peut-être, est que ces ateliers représentent souvent le seul moyen efficace pour établir un contact avec les groupes défavorisés ou difficiles d'accès qui sont peu exposés aux médias, analphabètes ou qui ne parlent pas la langue dominante. Il est important de faire l'effort d'aller vers ces groupes. On comprend la difficulté de la chose à travers les mots de cette villageoise du Zimbabwe qui disait récemment que les gens pouvaient « se désintéresser » de l'information et des messages pédagogiques parce qu'ils ne se sentaient pas concernés et que c'était une affaire de juristes.

Il n'existe pas de bonne méthode particulière pour conduire ces ateliers. Dans la partie suivante intitulée « Conseils pratiques pour mettre en oeuvre les programmes d'éducation civique », nous proposons des éléments pertinents à cet égard tirés de l'expérience et des conseils de praticiens. Certains des aspects liés à l'organisation de rencontres directes dans le cadre de consultations publiques restent pertinents ici aussi (voir en particulier la section

2.2.3, qui se trouve dans la partie intitulée « Conseils pratiques pour l'organisation de tous types de réunions directes »).

Dans le domaine de la démocratisation, la question de l'efficacité des ateliers d'éducation civique a été vivement débattue. Peut-on dire que les participants en ressortent avec des connaissances, convictions et comportements meilleurs en matière de démocratie ? Des études montrent que oui, à la condition impérative que les ateliers soient soigneusement préparés, que les ressources et le temps qui leurs sont alloués soient suffisants, que les méthodologies utilisées soient participatives et fassent le lien entre la thématique abordée et les réalités que vivent les participants, et enfin, que des sessions de suivi soient assurées (par exemple, Finkel, 2003). Dans les processus d'élaboration de constitutions, les concepteurs des programmes d'éducation civique doivent bien réfléchir à la façon dont ces enseignements sont susceptibles d'améliorer leurs plans et stratégies. Cela signifie, par exemple, de s'efforcer de maintenir un lien permanent avec les groupes exclus plutôt que d'organiser ponctuellement des ateliers isolés réunissant un grand nombre de participants. Chaque programme doit se fixer des objectifs réalistes.

Comme mentionné plus haut, l'un des objectifs essentiels de l'éducation civique, dans un processus constitutionnel participatif, est normalement d'aider les citoyens à donner leur avis sur le processus et sur les questions constitutionnelles. Lorsque des ateliers sont prévus dans ce cadre, il convient de les préparer et de les structurer autour de ces objectifs. Quand des programmes d'éducation civique sont élaborés dans la précipitation, ces objectifs sont parfois perdus de vue. Par exemple, l'un des objectifs des ateliers d'éducation civique de l'Afrique du Sud consistait à préparer les groupes défavorisés à faire des propositions ou à formuler des opinions au cours de la phase de consultation publique (voir encadré 12). Malheureusement, les différents ateliers n'ont pas abordé les concepts constitutionnels et aucun atelier de suivi n'a été prévu pour aider les participants à formuler des propositions pour les entités chargées du processus constitutionnel. Il s'ajoute à cela que les ateliers se sont tenus après l'élaboration du projet de texte. Dans l'idéal, il aurait fallu organiser ces ateliers avant la rédaction du texte (comme cela fut le cas au Kenya, à Nauru, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, en Thaïlande et en Ouganda).

Ceux qui préparent et mettent en œuvre les programmes d'éducation civique sont souvent confrontés à des délais très courts. Cela est probablement dû à une mauvaise préparation, à un défaut de compréhension de la complexité de la tâche ou alors au fait que les programmes d'éducation civique font naître une demande forte des citoyens pour des programmes plus étendus. Il peut également y avoir des pressions de la part de ceux qui mènent le processus d'élaboration de constitution pour que le programme d'éducation civique soit mis en œuvre le plus rapidement possible afin de ne pas retarder le processus dans son ensemble. Ce type de pressions, et bien d'autres, explique qu'il soit difficile d'effectuer des études sur les niveaux de connaissances civiques ainsi que les croyances et attitudes populaires. En outre, lorsqu'un programme est en cours, on s'aperçoit souvent que peu d'efforts sont déployés pour expérimenter d'abord l'approche choisie ou évaluer l'impact des ateliers. La réussite se mesure davantage à l'aune du nombre d'ateliers organisés et de participants à ces derniers,

qu'à celle des connaissances réellement acquises ou des changements dans les pratiques, les convictions et les attitudes.

Pour que l'éducation civique et les ateliers soient couronnés de succès, il est essentiel que le matériel pédagogique soit accessible à la population. Parfois, la conception et la présentation des ateliers réduisent leurs chances de succès. Au Népal [processus en cours], par exemple, les juristes ont préparé des supports pédagogiques très denses sur lesquels les éducateurs ont fondé leur enseignement, sur des thèmes tels que la différence entre un système parlementaire et un système présidentiel. Cependant, beaucoup de ces éducateurs maîtrisaient mal la constitution et son fonctionnement. Cela n'est d'ailleurs pas inhabituel et le citoyen ne sort certainement pas de ces ateliers mieux armé pour pouvoir participer utilement au processus.

Les ateliers d'éducation civique ont parfois été organisés uniquement pour « les apparences ». La tendance au recours à des processus constitutionnels plus participatifs a mis la pression à certaines autorités se sentant ainsi contraintes d'organiser un processus qui paraisse participatif ou du moins « centré sur le peuple ». Ces pressions émanent d'éléments extérieurs (par exemple, les médias, la société civile, les acteurs internationaux, etc.) qui exigent une participation citoyenne, notamment à travers des ateliers conçus pour encourager cette participation. Au Timor-Leste [2002], la société civile a exigé un processus participatif. Les ateliers officiels d'éducation civique et les rencontres initiales de consultation publique se sont tenus concomitamment. Par conséquent, les participants n'ont pas eu le temps de réfléchir à ce qu'ils avaient appris en éducation civique pour pouvoir influencer sur l'élaboration de la constitution avec des opinions et des suggestions réfléchies.

Les membres de la société civile ont d'ailleurs protesté auprès du Conseil de sécurité des Nations Unies, arguant que les citoyens n'avaient pas eu l'opportunité de participer significativement au processus et de réfléchir aux décisions constitutionnelles qui leurs étaient soumises. Il n'existe que peu d'évaluations empiriques des programmes d'éducation civique déployés dans le cadre du processus d'élaboration de constitution mais on peut penser que les résultats positifs n'ont pas été nombreux car ces programmes ne sont pas de nature à préparer adéquatement les citoyens à participer au processus. Il se peut même qu'ils les discréditent voire les affaiblissent.

Conseils pratiques pour mettre en oeuvre les programmes d'éducation civique

Pour la conception et la mise en œuvre de bons programmes d'éducation civique, les leçons que l'on peut tirer de l'expérience de dizaines de praticiens de la démocratisation et des processus d'élaboration de constitution permettent de prodiguer quelques conseils. Certains de ces conseils portent particulièrement sur les ateliers d'éducation civique et d'autres portent sur les programmes d'éducation civique de manière plus générale.

- **Se préparer soigneusement et consacrer des ressources suffisantes.** Un programme d'éducation civique à l'échelle d'un pays exige que l'on prenne le temps d'effectuer un minimum d'études de base, de planifier, de former le personnel et de mettre la méthode

choisie à l'essai, avant de le mettre en œuvre. Une planification et une gestion solides sont nécessaires pour coordonner le travail de dizaines ou de centaines de partenaires et d'éducateurs (en général des ONG, des dirigeants locaux, des organismes publics) et pour préparer des campagnes dans les médias, des ateliers, des réunions publiques, diverses activités comme des événements sportifs et des concours de chant, des imprimés, des émissions de radio et de télévision, des sites Internet, des liens vers les réseaux sociaux, etc. La société civile et d'autres partenaires sont donc généralement mis à contribution. Dans l'idéal, ces partenaires sont choisis sur la base de critères tels que la réputation, l'expérience en matière de conception et de mise en œuvre de programmes d'éducation civique ou d'utilisation de méthodes participatives. On voit bien, donc, qu'un organe chargé d'élaborer une constitution a besoin d'une vaste expertise (pour laquelle elle peut recourir aux services de consultants à court terme) même pour choisir ses partenaires.

- **Identifier les groupes et les communautés défavorisés par le passé et requérant une attention particulière pour assurer leur participation** (voir encadré 9). Cela signifie traduire les supports écrits, les émissions de radio et de télévision ainsi que les exposés prévus dans l'atelier en langues minoritaires. Au cours de ces ateliers, il convient d'assurer la garde des enfants, de prévoir des travaux en soirée ou tôt le matin aux heures où les femmes et les agriculteurs sont disponibles, ainsi que de fournir le gîte et le couvert lorsque les groupes ou les populations ciblées sont nomades ou dispersés. Il peut s'avérer nécessaire de former des membres de groupes ou de communautés donnés afin qu'ils servent de personnes ressources au sein de l'atelier et de relais auprès de l'organe constituant.
- **Recourir à une méthode participative dans les ateliers.** Pour réaliser les objectifs pédagogiques du programme, l'accent doit être mis, entre autres, sur les jeux de rôles, les simulations de débats ou de discussions politiques et les activités en petits groupes. On peut, par exemple, organiser des simulations de sessions de l'assemblée constituante ou des débats avec des femmes ou des étudiants. Au Népal, des représentants de groupes défavorisés ont été réunis pour discuter de questions constitutionnelles sur le modèle de l'assemblée constituante. Des spectacles de rue ou de courtes pièces de théâtre constituent également un moyen efficace de permettre aux citoyens de connaître leurs droits.
- **Former les animateurs des ateliers.** Les animateurs doivent être formés aux méthodes participatives mais ils doivent eux aussi acquérir des connaissances de base en matière constitutionnelle. La durée de la formation dépend des objectifs et du niveau des connaissances des animateurs.
- **Commencer les discussions par les questions qui intéressent les participants.** Les participants peuvent se sentir particulièrement concernés par des questions telles que le droit à la terre, le droit à la santé ou les droits politiques. L'animateur doit concevoir des exercices participatifs pour leur expliquer en quoi la constitution ou la démocratie sont liées à ces préoccupations et comment ils peuvent s'impliquer dans le processus constitutionnel et démocratique afin que leurs préoccupations soient prises en compte.
- **Tenir au moins trois ateliers ou session avec chaque groupe ou communauté.** Des études ont montré qu'en deçà de trois ateliers, l'impact sur les niveaux de connaissances

en matière de principes, de valeurs ou de pratiques démocratiques est minime (Finkel, 2003).

- **Élaborer des objectifs pédagogiques réalistes et tester les approches à l'avance.** Certains concepts constitutionnels fondamentaux peuvent être expliqués, mais cela nécessite parfois de combiner plusieurs méthodes d'éducation civique (par exemple, des supports écrits de différents types, des émissions de radio et de télévision, des manifestations culturelles et des ateliers). Si l'on retient la formule des ateliers présentiels et que l'on organise plusieurs ateliers pour un groupe particulier, il convient de tester soigneusement cette méthodologie pour vérifier que l'approche choisie fonctionne. Si les évaluations montrent que certains citoyens n'ont pas acquis les connaissances et les outils qui peuvent leur permettre de faire des choix parmi les options constitutionnelles qui sont offertes (ce qui est souvent un objectif essentiel), alors les méthodes ou les objectifs doivent être revus. Pour certaines populations avec un niveau d'instruction tel qu'il ne leur permette pas de faire des choix liés aux questions constitutionnelles, il est probablement plus réaliste de se donner pour objectif de leur faire comprendre simplement le rapport qui existe entre la constitution et leur vie et de clarifier dans leur esprit certaines valeurs démocratiques fondamentales.
- **Insister sur le principe de neutralité et mettre au point un code de conduite qui décrive clairement ce qu'il signifie.** Les concepteurs et les animateurs de l'éducation civique dans tous ses aspects doivent comprendre qu'ils ne peuvent pas utiliser le processus pour promouvoir une forme de gouvernement ou une autre ou un intérêt personnel liés au processus ou aux questions constitutionnelles. Le processus doit être contrôlé de telle sorte que ceux qui mettent en œuvre le programme d'éducation civique de l'organe constituant fassent leur travail d'une manière éthique et en respectant un code de conduite.
- **Ne pas induire en erreur les participants quant à ce que la démocratie ou une nouvelle constitution peut changer dans leur vie.** Lorsqu'un programme d'éducation civique encourage les citoyens à apporter leur contribution au processus, les supports utilisés (supports écrits, émissions de radio ou de télévision, sites Internet ou animateurs d'ateliers) doivent être précis quant à la façon dont leurs opinions seront prises en compte ou non et à ce que la constitution peut ou ne peut pas faire.
- **Fournir à la presse un logo officiel.** Un logo officiel permet d'identifier les supports et les activités d'éducation civique comme relevant de l'organe constituant ou approuvés par ce dernier. Le logo doit être diffusé le plus largement possible afin que les citoyens puissent distinguer les programmes d'éducation civique de l'organe constituant de ceux qui sont menés par des acteurs non officiels qui sont susceptibles de donner des informations inexacts ou même de désinformer intentionnellement la population.
- **Suivre et évaluer.** Il est important d'évaluer les activités d'éducation civique et leurs résultats. Cela est particulièrement vrai lorsqu'un programme se déroule sur une longue période car le suivi et l'évaluation permettent alors à l'organe responsable d'adapter et d'améliorer le programme chaque fois que des problèmes sont détectés. Il peut s'avérer plus avantageux de confier cette mission à une entité externe qui fera un travail plus objectif.

Contraintes liées à la mise en œuvre des programmes d'éducation civique

La plupart des programmes d'éducation civique sont menés avec de bonnes intentions. Les problèmes se situent plutôt dans la mise en œuvre et découlent notamment d'objectifs irréalistes au regard des contraintes de temps et de ressources ainsi que d'une mauvaise appréciation de tout ce que la mission englobe. Il est donc utile de fournir des exemples de problèmes de mise en œuvre relevés dans les processus d'élaboration constitutionnelle.

L'éducation civique est rarement neutre. Les programmes sont souvent financés par des bailleurs étrangers et s'appuient sur des supports pédagogiques qui promeuvent un système particulier, comme, par exemple, le fédéralisme. Dans de nombreux pays, des acteurs étrangers ont tenté de « vendre » leur système de gouvernement en le dépeignant comme étant le meilleur. Cette manière de faire ignore les contextes culturels spécifiques et les mœurs sociales des pays dans lesquels les processus constitutionnels se déroulent et pourrait limiter l'étendue de l'analyse contextuelle des problèmes tout comme la prise en compte de solutions conçues par les acteurs locaux. De même, les éducateurs civiques signent des codes de conduite qui les obligent à enseigner le programme officiel de manière neutre (par exemple, en Afrique du Sud [1996] et au Kenya [2005]). Malgré tout, des membres de la société civile, des partis politiques, des organismes publics et même des acteurs du processus d'élaboration constitutionnelle se sont servis de l'éducation civique pour promouvoir leurs propres intérêts.

Si les législateurs sont souvent obligés de s'inscrire dans un partenariat avec la société civile pour l'élaboration et la mise en œuvre de programmes d'éducation civique, il faut aussi noter que certaines ONG sont souvent créées uniquement pour accéder aux fonds des bailleurs, notamment les fonds destinés à l'éducation civique. Les bailleurs publient des appels à propositions en anglais et seulement dans les zones urbaines ce qui exclut souvent les organisations rurales qui sont, pourtant, plus en contact avec les groupes exclus. Des organisations même expérimentées peuvent également être exclues car elles souffrent d'un manque de maîtrise de l'anglais et de compétences en rédaction de propositions. Les donateurs doivent faire l'effort de recenser les organisations expérimentées de la société civile et d'aider celles qui ont besoin d'assistance en matière de rédaction de propositions. Des fonds peuvent aussi être alloués au développement de ces organisations.

Certaines organisations sont plus intéressées par les fonds que par la réalisation des objectifs du programme d'éducation civique. Elles obtiennent cependant ces fonds parce que les donateurs sont eux-mêmes soumis à des pressions qui les poussent à dépenser les ressources affectées à l'appui du processus constitutionnel. Ces donateurs ne contrôlent pas forcément l'efficacité des programmes d'éducation civique qu'ils financent, et parfois ne savent même pas si ces programmes sont réellement mis en œuvre (l'Afghanistan [2004] en est un exemple).

Peu de programmes d'éducation civique ont eu le temps, les ressources et la détermination nécessaires pour atteindre réellement les groupes défavorisés. Avec certains de ces groupes, établir ne serait-ce qu'un simple contact n'est pas une tâche aisée. En Érythrée [1997], l'organe constituant

a déployé des efforts considérables pour communiquer avec les populations nomades, organiser des réunions, fournir de la nourriture et de l'eau pendant des semaines pour que les nomades puissent se fixer à un endroit précis et discuter avec les législateurs dans leur propre langue.

Les ressources qui permettent d'accéder aux groupes exclus et aux minorités sont rarement disponibles, en particulier dans les pays pauvres. Même une campagne d'éducation civique « neutre » peut contribuer à creuser les inégalités sociales en n'étant accessible qu'à ceux qui jouissent déjà dans une certaine mesure d'une quelconque aide sociale ou financière. Les plus défavorisés et isolés des citoyens ont rarement le temps de participer aux activités d'éducation civique ou d'en tirer un quelconque gain politique, économique ou social si un engagement durable et des ressources ciblées ne leur sont pas consacrés.

Encadré 14. Évaluation des ateliers d'éducation civique : quelques observations

Il est courant de distribuer des formulaires d'évaluation à la fin des ateliers d'éducation civique, avec généralement les questions suivantes :

- Les objectifs étaient-ils clairs ? Ont-ils été atteints ?
- Avez-vous compris les exposés ?
- Avez-vous eu la possibilité de poser des questions et/ou de contribuer aux discussions ?
- Participeriez-vous de nouveau à un atelier de cette organisation ?

Ce type d'évaluation pose un certain nombre de problèmes. Le formulaire est rempli à la fin de l'atelier, au moment où tous les participants sont impatients de rentrer chez eux. Beaucoup répondent positivement parce qu'ils ont apprécié l'atelier, mais cela ne permet absolument pas aux organisateurs de savoir s'ils ont atteint leurs objectifs.

L'évaluation d'un travail destiné à transformer des attitudes se fait en interrogeant les concernés au début d'abord, et à la fin ensuite, avec des questions conçues pour révéler des attitudes (il ne s'agit pas, bien sûr de poser la question « Dans quelle mesure votre attitude a-t-elle changé ? »). Si l'objectif est d'encourager les populations à saisir l'occasion de participer au processus d'élaboration constitutionnelle de leur pays, cet objectif est mesurable. Des tests de connaissances peuvent être effectués idéalement avant l'atelier puis après un certain temps : il est à espérer, par exemple, qu'après l'atelier un plus grand nombre de participants aura entendu parler de la constitution ou du concept de fédéralisme.

Par contre, il est plus difficile d'évaluer les connaissances. Demander aux gens s'ils ont le sentiment de mieux comprendre le processus revient à mesurer une attitude et non un niveau de connaissance. Les personnes qui avaient déjà des connaissances peuvent valablement estimer en avoir acquis de nouvelles. Mais cela est plus difficile pour des personnes qui sont venues sans connaissances préalables. En outre, les participants ne

s'attendent pas à subir un examen en guise de prix de leur participation à l'atelier. Une autre difficulté est qu'à moins que l'évaluateur n'ait été présent tout au long de l'atelier et bien informé, il est impossible de savoir si ce qui a été appris est exact.

Il existe des moyens créatifs d'évaluer des résultats. Par exemple, on en apprend plus sur les réactions des participants lorsqu'on leur affecte un espace dans lequel ils peuvent exprimer leur opinion (un mur pour afficher leur opinion, une pile de feuillets de formes différentes sur lesquels ils peuvent écrire et qui sont ensuite suspendus à l'« arbre aux idées »).

Enfin, il faut souligner que ces contraintes sont évoquées ici non pas pour décourager les législateurs de ce travail pédagogique, mais plutôt pour souligner que les objectifs ambitieux en matière d'éducation civique sont difficiles à atteindre. Il s'agit d'un travail qui requiert une réflexion poussée pour définir des objectifs réalistes et savoir comment les atteindre dans les limites du temps et des ressources disponibles (voir la partie 2.3.2 sur la planification stratégique). Il est donc souhaitable qu'ils mettent en place des dispositifs dans lesquels, plutôt que de s'impliquer dans la mise en œuvre, ils se contenteront d'effectuer un travail de supervision. Bien entendu, il faut alors que les partenaires choisis soient compétents et que leurs performances soient l'objet d'un suivi et d'une évaluation permanents.

2.2.3 Consultations publiques

Pour ceux qui envisagent de concevoir un processus participatif d'élaboration de constitution, la question n'est pas de savoir s'il faut procéder à des consultations publiques mais plutôt de savoir quelle est la meilleure manière d'en organiser. Si dans certains contextes il existe peu ou pas de consultations publiques, il est indubitable que ces consultations s'imposent de plus en plus comme une caractéristique des processus constitutionnels modernes. Elles portent sur des questions liées à la manière dont le processus se déroule, à son opportunité et aussi au contenu de la constitution.

Dans une société divisée, la constitution est bien plus qu'un ensemble de règles de gouvernement. Son processus d'élaboration est un moment unique, l'occasion de dégager un consensus, de faire naître un sentiment d'identité, de valeurs et de buts partagés et d'aplanir des divergences majeures. Pour espérer parvenir de façon réaliste à ce résultat, ceux qui ont la charge de l'élaboration de la constitution doivent s'engager dans un processus crédible et transparent au cœur duquel se trouveront les préoccupations des citoyens et dans lequel ceux-ci sauront que les choix qui seront faits tiendront compte de leurs opinions. Cela signifie que les législateurs doivent écouter, noter et analyser ces opinions et sérieusement en tenir compte. Ils doivent aussi rendre compte aux citoyens de la manière dont les décisions auront été prises et (en particulier) de la façon dont leurs opinions ont été prises en compte.

Dans ce qui suit, nous identifions d'abord les types de questions liées aux processus constitutionnels et au contenu de la constitution qui font généralement l'objet de consultations

publiques et les bases juridiques qui fondent ces consultations. Nous examinons également l'opinion publique en tant que source, parmi d'autres, des décisions qui sont prises pendant le processus constitutionnel. Ensuite, nous présentons les organes qui organisent généralement le processus de consultation, les différentes méthodes de consultation qui peuvent être utilisées et la manière dont les organes chargés de l'élaboration analysent et utilisent les opinions recueillies.

Il s'agit ainsi d'aider ceux qui souhaitent engager des consultations publiques en énumérant un certain nombre de questions essentielles qu'ils doivent se poser, telles que :

- Quels sont les buts et les objectifs de la consultation ?
- Quel est l'organe chargé de mener la consultation ?
- Quel est le sujet de la consultation, à quelle étape du processus se fait-elle et pourquoi ?
- Quels sont les risques (par exemple : pour la sécurité de ceux qui s'exprimeront) et les avantages de la consultation publique (par exemple : une appropriation par les citoyens du processus et de la constitution) ?
- Qui doit être consulté (voir encadré 9) ?
- Quel type d'information est nécessaire ou souhaité (par exemple : toutes les opinions, les opinions sur une question particulière ou une proposition de texte, les opinions de groupes particuliers - certains groupes ont peut-être toujours été exclus par le passé et ne sont pas représentés au sein de l'organe officiel constituant - sur des questions particulières. On peut également se demander quelles sont les questions qui divisent la société et si les opinions des élites correspondent à celles du plus grand nombre).
- Quelles sont les méthodes qui permettent d'obtenir l'information souhaitée ou de réaliser les résultats attendus ?
- Quels sont les principes directeurs qui facilitent une participation significative des citoyens au processus ?
- Comment procède-t-on à la collecte, à l'analyse et à l'exploitation des opinions exprimées ?
- Comment est faite la restitution auprès de ceux qui ont été consultés afin qu'ils sachent ce que les législateurs ont tiré de la consultation ? Comment ces opinions sont-elles prises en compte, et, dans ce cas, quand procède-t-on à ce retour d'information ?
- Quelles sont les ressources qui sont nécessaires ? Sont-elles disponibles ? Est-il préférable d'envisager un processus de consultation plus modeste ?

Consultation publique sur le processus d'élaboration constitutionnelle et le contenu de la constitution

Dans un processus d'élaboration constitutionnelle, on pense parfois que la consultation publique ne concerne que le choix du contenu de la nouvelle constitution. Si, dans la plupart des cas, l'essentiel des efforts investis dans la consultation publique se rapporte en effet à ces questions, d'importantes activités peuvent être menées autour des questions de procédure, à tel point qu'il est utile d'aborder séparément la consultation publique portant sur les questions de procédure de celle qui porte sur le contenu de la constitution.

Consultation publique sur les questions relatives au processus d'élaboration constitutionnelle

La consultation publique sur les questions de procédure se déroule le plus souvent avant le début d'un processus d'élaboration constitutionnelle, mais peut également intervenir à divers moments au cours de ce processus (voir ci-dessous). Dans une société divisée, associer les citoyens aux débats et à la prise de décision au sujet du processus, y compris à la façon dont il doit être structuré, peut s'avérer particulièrement crucial. Dans de tels cas, le sentiment qu'un processus aussi important impliquant des décisions sur l'avenir de l'État puisse être modelé de manière à ne profiter qu'à certains pans de la société (notamment ceux qui sont au pouvoir) est non seulement une source potentielle d'antagonismes, mais peut également ôter toute crédibilité audit processus et à la constitution qui en résultera. De façon générale, la consultation publique menée en prélude à un processus est propre à aider les décideurs à déterminer si un processus est nécessaire ou souhaité et la façon dont il doit être réalisé. Elle peut servir à encourager les principales parties prenantes ou acteurs politiques à s'engager dans ce processus. Il se peut aussi que des groupes dissidents ou la société civile (exemple de la Colombie - voir encadré 1) exigent une consultation publique sur le processus.

La consultation publique sur les questions de processus permet aussi de parer à toute réaction défavorable vis-à-vis d'une procédure ou une démarche impopulaire. Au Timor-Leste, le régime de transition des Nations Unies a omis de consulter la société civile au sujet de ses plans en matière d'éducation civique et a boycotté le programme officiel d'éducation civique. Toutefois, comme les acteurs de la société civile sont des partenaires clés de la mise en œuvre de ce programme, les Nations Unies ont dû différer leur programme jusqu'à ce qu'un accord soit conclu avec la société civile sur la façon d'avancer sur cette question.

Les consultations publiques peuvent se tenir sur plusieurs grandes catégories de questions portant sur le processus d'élaboration de constitution et il existe diverses façons de mener ces consultations publiques, allant du référendum aux réunions avec la société civile :

- **Décider de mener ou non un processus d'élaboration constitutionnelle.** La consultation publique peut d'abord servir à savoir si la réforme constitutionnelle est nécessaire et dans ce cas, s'il y a lieu de mettre en place un nouveau processus d'élaboration de constitution. La consultation publique sur ces questions est parfois effectuée par voie référendaire (comme ce fut le cas, par exemple, en Colombie, en Espagne et au Venezuela). En Colombie, la tenue d'élection en 1990 fut mise à profit pour organiser un référendum sur l'opportunité de former une assemblée constituante aux fins d'élaborer une nouvelle constitution. Le peuple a massivement voté en faveur de la création de cet organe (voir encadré 1). Cette décision peut également être le fruit de tractations entre les principaux intervenants ou découler de toute autre forme de consultation générale des citoyens.

- **Comment structurer ce processus ?** Il n'est pas rare qu'une consultation publique soit organisée en amont d'un processus pour déterminer la façon dont ledit processus doit être structuré, notamment le type d'institution à mobiliser, la sélection ou l'élection des membres de ces institutions, les mécanismes de participation du citoyen, le calendrier du processus, etc. Dans certains cas, il importe que les factions belligérantes admettent la nécessité d'un processus d'élaboration de constitution ; cette question est généralement traitée dans le cadre d'un processus de paix et d'un accord de paix « global ». Les questions liées aux dispositifs constitutionnels (dont éventuellement l'exclusion d'importants groupes minoritaires des cercles du pouvoir) sont susceptibles d'être partiellement à l'origine du conflit, auquel cas il peut s'avérer primordial, pour toute perspective d'accord de paix, d'accepter que la constitution puisse changer, mais également que ceux qui ont été exclus aient un rôle à jouer dans le processus qui déterminera ces changements. Une consultation publique sur l'élaboration de la constitution peut, bien entendu, également se tenir dans bien d'autres circonstances, et prendre plusieurs formes. En Afghanistan [2004], les associations de femmes ont été consultées au sujet du mode de désignation de leurs représentantes. Parfois, cette consultation publique fut restreinte aux seuls membres de l'élite. Au Timor-Leste [2002], le parlement de transition a convié les principaux intervenants à des audiences pour déterminer le mode d'élaboration de la constitution.
- **Comment passer aux étapes suivantes dans un processus déjà en place ?** Les citoyens sont parfois consultés sur le processus même après son démarrage, en particulier lorsque des questions se posent quant aux prochaines étapes à suivre, que celui-ci soit en marche ou au point mort. La consultation publique sur les prochaines étapes à suivre peut aller jusqu'à poser la question de savoir s'il y a lieu de revoir les étapes déjà conclues du processus pour y apporter des changements. L'Ouganda [1995] en est une illustration. Comme nous le verrons en détail dans l'étude de cas sur l'Ouganda à l'annexe A.12, la consultation des citoyens menée par la Commission constitutionnelle ougandaise a abouti à une recommandation à l'endroit du gouvernement, lui demandant de retirer au législateur la responsabilité du débat et de l'adoption du projet de constitution élaboré par la commission. C'est ainsi qu'une assemblée constituante a été créée en lieu et place de cette législature pour entreprendre ces tâches.
- **Comment mener à bien l'éducation civique ou la consultation publique ?** En Afrique du Sud, le service de liaison avec les collectivités locales a mené de larges consultations publiques auprès de la société civile et des dirigeants communautaires afin de déterminer comment procéder pour conduire des consultations publiques légitimes et crédibles. Le point de vue des citoyens sur cette question peut également être recueilli par le biais d'un site web, des réseaux sociaux, ou d'autres moyens économiques et efficaces. Pour pouvoir atteindre les populations exclues, il convient de tenir les consultations publiques directes avec elles.

Consultation publique sur les questions concernant le contenu de la constitution

La consultation publique la plus approfondie et la plus dévoreuse de temps est généralement celle qui porte sur les questions de fond de la réforme constitutionnelle, autrement dit, celles qui ont trait au contenu du projet de nouvelle constitution. Bien que la liste ci-dessous énumérant les situations où une consultation publique sur les questions constitutionnelles a eu lieu ne soit pas exhaustive, elle permet de montrer que cette consultation publique intervient le plus souvent à certains stades du processus d'élaboration constitutionnelle et dans les buts suivants :

- **Au début du processus**, lorsque le but de la consultation publique est de déterminer ou de permettre l'élaboration d'un ordre du jour des points à examiner dans le cadre du programme de réforme constitutionnelle. On estime souvent qu'une consultation publique à ce stade précoce est susceptible de retarder inutilement le processus, raison pour laquelle, dans de nombreux cas, elle est omise. Citons à titre d'exemple l'Ouganda [1995], où une première série de consultations populaires ayant pour but de définir les contours du programme de réforme a consisté à organiser quelque 140 séminaires auxquels ont participé près d'une centaine de milliers de personnes. Une consultation publique destinée à recueillir le point de vue de la population sur les questions de réforme de fond a ensuite été organisée en se fondant principalement sur la liste de points soulevés dans les premières séries de consultation publique (le problème de l'établissement de la liste des questions est examiné plus en détail à la partie 2.4.1).
- **En amont de la préparation du projet de constitution**, dans l'optique de recueillir des points de vue sur les préoccupations, les options de réforme constitutionnelle, ou les deux. L'opinion publique est de plus en plus sollicitée avant la préparation de tout projet de constitution (voir tableau 5). Il s'agit souvent de la principale étape consultative d'un processus qui peut parfois s'étendre sur une période prolongée. Parmi les principaux motifs de consultation à ce stade, citons en deux qui méritent une considération particulière. En premier lieu, il a été reconnu qu'il était nécessaire d'entreprendre ce type de consultation afin de prendre en compte les besoins et aspirations des populations. Ce processus, bien que rare, fut entrepris en Ouganda, où des consultations ont été menées dès le début du programme de réformes et où les politiciens se sont assurés dès le départ que les besoins et aspirations des populations aient été pris en compte. Deuxièmement, en recueillant les points de vue des citoyens, les architectes de la constitution sont mieux préparés à décider des dispositions (le cas échéant) que la nouvelle Constitution devra prévoir pour répondre aux principales questions posées par la population.
- **Après avoir élaboré une ébauche détaillée de projet de constitution, voire un véritable projet, et avant tout débat et adoption d'un quelconque projet**, la consultation publique est menée afin de recueillir le point de vue des citoyens sur la proposition ou sur le projet de constitution. La consultation publique à ce stade n'est pas monnaie courante. En effet, non seulement elle intervient en amont d'un projet en cours de préparation mais elle implique

également d'importantes questions d'organisation et de ressources à mobiliser. En effet, il faudra imprimer et diffuser largement des exemplaires du projet de texte, ou au moins, produire des documents explicatifs (en fournissant suffisamment d'informations pour que la consultation publique soit significative). Il faudra par ailleurs songer à traduire tous ces documents dans les langues locales. En Afrique du Sud [1996], 4,5 millions d'exemplaires du projet ont été distribués en onze langues. À Bougainville [2004], une consultation publique a été organisée sur deux grands projets de textes qui furent très largement diffusés.

- **La consultation publique intervient avant que ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution ne prennent de décisions sur des questions qui sont potentiellement source de discord**, afin de les aider à prendre toute la mesure de ces questions et les décisions qui s'imposent à leur égard. Les processus constitutionnels éprouvent des difficultés à gérer les sujets clivants (voir la partie 2.5.2). Les points de vue exprimés par les citoyens permettent très souvent de cerner et de résoudre les questions conflictuelles ou litigieuses, sans pour autant que cette source d'information ne soit reconnue comme telle, ou très rarement. L'Ouganda est un cas peu courant, en ce sens que la commission constitutionnelle a reconnu d'emblée avoir utilisé les analyses statistiques des vues exprimées comme principale source d'information pour prendre une décision sur les questions controversées.

Ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution peuvent décider de consulter les citoyens sur une partie ou sur l'intégralité des points à traiter, et aux fins indiquées. Pourtant, à notre connaissance, il n'y a jamais eu de consultations publiques portant sur tous les points (voir tableau 5). Ce type de consultation publique fait appel à de nombreuses méthodes, comme nous le verrons plus loin dans cette partie.

Il y a débat sur la question de savoir si le point de vue des populations doit être sollicité avant de préparer le projet de constitution, lorsque le projet est prêt, ou dans les deux cas. Dans certains pays, l'opinion des citoyens n'est sollicitée que sur les dispositions d'un projet de constitution. Si la série des questions constitutionnelles abordées est restreinte, la consultation publique peut se concentrer rapidement sur des propositions spécifiques. Le dilemme qui se posera, éventuellement, est que les préoccupations exprimées par la population sur d'autres questions seront tenues à l'écart des débats. Ceci est source potentielle de frustration pour les groupes qui estiment que le projet ne reflète pas leurs préoccupations ou que les questions ont été tranchées prématurément. Ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution peuvent également être peu enclins à modifier un projet qui a été long à négocier et à préparer. Idéalement, il convient de recueillir l'avis de la population aussi bien en amont de la mouture en cours de préparation (pour contribuer à son élaboration) qu'après son achèvement (afin de vérifier qu'elle réponde bien aux préoccupations de la population).

Le tableau 5 illustre, à travers vingt processus d'élaboration de constitutions, la façon dont les différents pays ont fait usage de la consultation publique sur le contenu. Ce tableau montre que l'opinion publique a été souvent sollicitée avant l'élaboration d'un projet, puis de nouveau par la suite. Tenir des consultations publiques avant la rédaction de la constitution élargit souvent le champ des questions à examiner, car les citoyens font part de points de vue et d'aspirations qui sortent du programme de réforme initial (généralement mis au point,

pour l'essentiel, par ceux qui sont chargés de rédiger la constitution). Si les préoccupations de la population s'étendent à l'élaboration du programme de réforme constitutionnelle, cela accroît d'autant plus la probabilité que la consultation publique aboutisse à un texte long et compliqué. Cependant, un processus dénué de toute consultation publique peut conduire au même résultat (exemple, Venezuela [1999]).

Consultation publique prescrite par la loi, et point de vue des citoyens utilisé comme source d'information

Les instruments juridiques qui établissent ou régissent le processus d'élaboration de constitution (par exemple, une constitution provisoire, une loi, un décret présidentiel, un acte parlementaire, des règles de procédure ou une assemblée constituante) prescrivent de façon croissante, la tenue d'une consultation publique.

Tableau 5 : Stades d'un processus d'élaboration constitutionnelle lorsqu'une consultation publique a eu lieu sur le contenu de la constitution

Processus d'élaboration de constitution	Consultation publique sur un ordre du jour à examiner	Consultation publique sur le contenu de la constitution avant rédaction	Décision sur les amendements à apporter aux avant-projets de constitution
Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975]		■	
Pérou [1979]		■	
Nicaragua [1987]		■	■
Brésil [1988]		■	
Bénin [1990]		■	
Colombie [1991]		■	
Ghana [1992]			■
Tanzanie [1992]		■	
Ouganda [1995]	■	■	
Afrique du Sud [1996]		■	■
Érythrée [1997]		■	■
Fidji [1997]		■	
Albanie [1998]		■	■
Rwanda [2003]		■	
Bougainville [2004]		■	■ De manière successive
Kenya [2005]	■	■	
Thaïlande [2007]	■	■	■
Bolivie [2009]		■	
Kenya [2010]	■		■
Népal [processus en cours]		■	■

Ils peuvent aller plus loin et demander à l'organe constituant de tenir compte de l'opinion populaire lors de l'élaboration de la constitution et d'établir la liste des tâches qui doivent être effectuées, ce qui inclut l'analyse des points de vue, la détermination du moment et du mode d'information des citoyens sur le processus (voir encadré 14).

Dans la plupart des cas, il existe des antécédents de conflits violents dans le pays en question, le plus souvent d'ailleurs, il s'agit de conflits liés à des questions de portée constitutionnelle. Il en résulte que le processus d'élaboration de constitution est vécu comme une occasion de résoudre le conflit. Bien entendu, se contenter d'exiger une consultation publique en vertu d'obligations légales ne garantit pas en soi que le processus soit de nature à résorber les conflits, dès lors que les causes sous-jacentes des conflits violents ne sont pas si aisément réglées. Le processus d'élaboration de la constitution est en effet lui-même de nature à attiser les tensions et à contribuer au risque d'éclatement d'un nouveau conflit.

Encadré 15. Exemples d'obligations légales d'organisation de consultations publiques

En Afghanistan, un décret présidentiel a chargé la commission constitutionnelle de :

- Faciliter et promouvoir l'information du citoyen sur le processus d'élaboration de la constitution durant toute la durée de ses activités ;
- Mener des consultations publiques dans chaque province de l'Afghanistan, et au sein de la communauté des réfugiés afghans en Iran et au Pakistan et, si possible, dans d'autres pays, afin de solliciter l'avis des Afghans et de connaître leurs aspirations pour le pays ;
- Recevoir les observations écrites de la part des citoyens et des groupes d'Afghans situés à l'intérieur comme à l'extérieur du pays souhaitant contribuer au processus constitutionnel ;
- Mener ou diligenter des études sur les options du projet de constitution ;
- Préparer un rapport analysant les points de vue des Afghans recueillis au cours des consultations publiques et de mettre ce rapport à la disposition des citoyens ;
- Diffuser le projet de constitution à la population et l'informer sur ce dernier.

La Loi sur la révision de la Constitution du Kenya (2001) exigeait que, dans un délai de deux ans, la Commission de révision de la Constitution du Kenya se charge de :

- Mener et organiser les activités d'éducation civique afin de susciter le débat public et une sensibilisation sur les questions constitutionnelles ;
- Recueillir et rassembler les points de vue de la population kenyane sur des propositions visant à modifier la constitution et partant de là, rédiger un projet de loi pour amender la constitution à soumettre à l'Assemblée nationale (Parlement) ;
- Réaliser ou faire réaliser les études, recherches et évaluations de la constitution et des constitutions d'autres systèmes constitutionnels qui, de l'avis de la commission,

seraient de nature à éclairer la Commission et le peuple kényan sur l'état de la constitution du Kenya.

L'article 18 de la loi conférait à la Commission les missions suivantes :

- Se rendre dans chaque circonscription du Kenya pour recueillir les points de vue des populations sur la constitution ;
- Sans restrictions aucune, recevoir des mémorandums, tenir des audiences publiques ou privées à travers le Kenya et recueillir et rassembler d'une manière ou d'une autre, les avis et opinions des Kenyans, qu'ils résident au Kenya ou en dehors du pays. A cet effet, la commission avait une large marge de manœuvre pour convoquer des réunions publiques des habitants des régions, afin de discuter de toute question se rapportant aux fonctions de la commission.

Les Statuts de la Commission constitutionnelle ougandaise (1988) consacrent « la nécessité d'associer le peuple Ougandais à la conception et à la promulgation d'une constitution nationale qui sera respectée et appliquée par le peuple ougandais » et demandent à la commission constitutionnelle d'œuvrer à « un consensus national sur les modalités constitutionnelles les plus appropriées pour le pays ». Ils confèrent également à la Commission le pouvoir de :

- « Solliciter les vues du grand public grâce à la tenue de réunions et de débats publics, de séminaires, d'ateliers et par tout autre moyen permettant de recueillir l'avis de la population » ;
- « Stimuler le débat public et la prise de conscience sur les questions relatives à la constitution. »

Le processus d'élaboration de constitution est en effet lui-même de nature à attiser les tensions et à contribuer au risque d'éclatement d'un nouveau conflit.

Dans les situations de sortie de conflit, il peut s'avérer primordial que l'obligation de tenir des consultations publiques soit stipulée dans le mandat juridique du processus, car cette disposition exerce une pression sur les rédacteurs de la constitution pour qu'ils trouvent des moyens constructifs de consulter les factions naguère opposées. Il est arrivé par ailleurs, dans certains processus qui ne sont pas dotés de mandat juridique ou de plan détaillé, que des désaccords surviennent sur plusieurs points entre ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution : Procède-t-on ou non à une consultation publique ? Si oui, de quelle envergure ? À quelles étapes du processus ? ; Comment analyser et prendre en compte l'avis des citoyens ? Dans quel but ? ; Est-il nécessaire ou non de rendre compte à la population de ces questions ? Les exemples du Timor-Leste [2002], du Népal [processus en cours], de l'Irak [2005], et du Ghana [processus en cours] sont parlants.

Même si un organe constituant est tenu en vertu de son mandat juridique d'exploiter les points de vue de la population comme source d'information pour la prise de décision sur

les questions constitutionnelles (comme en Ouganda [1995], aux Fidji [1997], et au Kenya [2005 ; 2010]), d'autres sources d'information sont prévues de façon implicite ou explicite dans l'instrument juridique imposant cette obligation statutaire.

Encadré 16. Ouganda – Utilisation des points de vue recueillis

En Ouganda [1995], alors que la loi instituant la commission constitutionnelle imposait à la commission d'œuvrer à « un consensus national » sur les questions relatives à la constitution, de « solliciter les points de vue du grand public par le biais de réunions, débats publics, séminaires, ateliers et de tout autre moyen permettant de recueillir l'avis du citoyen », elle demandait également à la Commission « d'étudier et d'examiner la Constitution [de l'époque] » afin de formuler des propositions en vue de l'élaboration d'une nouvelle constitution apte, entre autres, à « établir un régime libre et démocratique garantissant les libertés et droits fondamentaux des Ougandais ». À la suite de ces diverses directives, la commission a indiqué dans son rapport final qu'elle s'était fondée sur quatre principales sources d'information pour formuler ses recommandations. L'opinion des citoyens, des analyses qu'elle a réalisées elle-même sur « la culture, l'histoire commune, les préoccupations et les aspirations des populations », « l'examen obligatoire de la Constitution en vigueur [à l'époque] », et « l'étude comparative des dispositions constitutionnelles d'autres pays ».

Figurent éventuellement parmi ces sources les principes de démocratie, du droit international, des droits humains, etc. Si les points de vue exprimés par la population sont importants, force est de constater que, s'ils s'appuient sur d'autres sources d'information, ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution consacreront leurs efforts de recherche et d'analyse à des éléments autres que l'avis de la population. Cela peut aboutir à la formulation de points de vue sur les questions constitutionnelles fort éloignés, voire contraires aux idées maîtresses exprimées par la population. Les diverses sources que ces mandats statutaires mettent à disposition se reflètent presque toujours dans les rapports que produisent certains organes constituants (ces types de rapports sont abordés à la partie 2.2.4). Ces rapports précisent généralement sans équivoque que les points de vue des citoyens ne sont pas déterminants pour toutes les questions à traiter. À titre d'exemple, rares sont les organes constituants qui, à l'instar de la Commission constitutionnelle ougandaise, se sont autant appuyés sur l'opinion des citoyens et y ont eu largement recours pour régler les questions controversées. Et pourtant, dans son rapport final, cette commission a indiqué que si l'opinion des citoyens constituait « la principale et la plus importante source d'informations », elle a également eu recours à trois autres sources. Il s'agit des informations découlant des « observations et analyses de la société » réalisées par la commission elle-même ; de son examen des constitutions antérieures de l'Ouganda, et d'une étude comparative des dispositions constitutionnelles et politiques en vigueur dans d'autres pays.

L'élaboration d'une constitution devrait viser à concilier les points de vue antagonistes, à œuvrer à des solutions de consensus et de compromis, et à protéger les droits des minorités. Bien que de nombreux pays procèdent à une analyse statistique des opinions recueillies, ceci ne signifie pas nécessairement que l'opinion ou l'avis prédominant exprimé par la population prévaudra. Il est bien normal que ceux qui sont chargés d'élaborer la constitution s'emploient à trouver une solution médiane aux positions antagonistes afin de pouvoir trancher des questions importantes, et dans ce cas ce n'est guère dans un sondage d'opinion publique qu'ils iront puiser des solutions. En Afrique du Sud, par exemple, une majorité de la population exigeait que la peine de mort soit inscrite dans la constitution. L'assemblée constituante a examiné cette requête à l'aune des normes internationales des droits de l'homme et de la nécessité de rompre avec un passé violent et a exclu cette demande du texte final. Elle a laissé le soin aux tribunaux de trancher sur la question tout en se référant aux dispositions relatives aux droits de l'homme dans la nouvelle constitution et en déclarant, au final, la peine de mort inconstitutionnelle.

Enfin, une note de prudence s'impose au sujet des fortes attentes que peut susciter la consultation publique sur ce que la nouvelle constitution apportera. En effet, une ébauche de constitution négligeant un aspect que les populations ont jugé important, sera, pour les citoyens, source de déception tant vis-à-vis du processus d'élaboration que pour la constitution elle-même. Il conviendra probablement de prévoir un mécanisme permettant de s'assurer que les avis de la population seront bien traduits dans l'avant-projet des rédacteurs de la constitution. Si une commission est chargée, par exemple, des tâches de consultation et d'élaboration du projet, l'instrument juridique stipulant son mandat pourrait la contraindre à transmettre à l'organe délibérant le projet de texte accompagné d'un recueil des opinions reçues.

Quel est l'organe chargé de conduire les consultations publiques ?

Toute commission constitutionnelle mise sur pied pour préparer un projet de constitution à soumettre à une assemblée constituante ou à un parlement est souvent appelée à consulter le peuple. Mais lorsque qu'un organe plus important tel qu'une assemblée constituante est chargé de la conduite de la majorité des étapes du processus, y compris la préparation du projet initial, il peut lui-même mettre sur pied ses propres commissions spéciales en vue de consulter le peuple (la Bolivie en 2009 et le Népal en 2010 en sont des exemples).

Des gouvernements peuvent également créer des organes spéciaux mandatés non seulement de consulter le peuple avant la mise en place de l'organe chargé de l'élaboration de la constitution, mais aussi de mettre à sa disposition un rapport sur la consultation publique (exemple de la Colombie [1991] et du Timor-Leste [2002]). Cette option permet d'accélérer le processus car les opinions peuvent être recueillies tandis que les préparatifs en vue de l'élection de l'organe principal en charge de l'élaboration de la constitution se poursuivent. Cependant, parmi les limites de cette approche, citons le fait que les personnes en charge de l'élaboration de la constitution pourraient :

- Manquer de temps pour écouter au préalable les préoccupations et les aspirations du peuple ou pour leur permettre d'exprimer leur point de vue sur les questions clés et donc

de bâtir la confiance et la crédibilité autour du processus ;

- Avoir tendance à ignorer ou à ne pas se fier aux rapports sur des consultations publiques auxquelles ils n'ont pas été activement associés.

Les organisations de la société civile à la fois internationales et locales ont conduit des consultations publiques pour essayer d'ouvrir le processus et associer le peuple. Lorsque les acteurs de la société civile sont suffisamment respectés et crédibles, leurs rapports sur les consultations publiques sont pris au sérieux par les rédacteurs de la constitution. Au Timor-Leste, les rapports officiels des Nations Unies ont été ignorés car ils étaient considérés comme des produits de l'étranger, tandis que les membres de l'assemblée constituante ont bel et bien pris connaissance des rapports sur les consultations publiques élaborés par le très respecté groupe local de défense des droits humains Yayasan Hak.

Arguments en faveur des consultations publiques et affirmations au sujet de leur impact

Le juge Benjamin Odoki, président de la Commission constitutionnelle ougandaise déclarait ceci :

« La manière dont une constitution est finalement adoptée par le peuple est très importante car elle traduit le caractère légitime, populaire et acceptable de la constitution... Pour que la constitution inspire loyauté, obéissance, respect et confiance le peuple doit s'identifier à elle en y participant et en y étant attaché... L'implication du peuple dans le processus d'élaboration de la constitution est, par conséquent, très importante car elle permet de conférer légitimité et acceptabilité à la constitution ». (Odoki 2005 : 276).

Des positions similaires militant en faveur de l'organisation de larges consultations publiques ont été tenues par d'autres personnes chargées d'élaborer la constitution. De tels arguments constituent en réalité quelques-unes des multiples raisons pour lesquelles les personnes chargées d'élaborer la constitution se lancent dans ces activités. Il s'agit au fond de promouvoir un processus délibératif et d'ouvrir le débat public à une diversité d'opinions afin de contribuer au consensus national autour du cadre constitutionnel, à l'instar des valeurs devant constituer les fondements d'une nation :

- Légitimer le processus et la constitution qui en résulte en veillant à ce que la constitution soit « ouverte » et « démocratique » ;
- Promouvoir un sentiment d'appropriation populaire du processus et de la constitution ;
- Déterminer quelles sont les questions qui divisent l'opinion ou encore à quel point le peuple est en faveur d'options constitutionnelles concernant ces questions ;
- Faciliter la transition politique en encourageant le changement dans le système politique, en recueillant notamment les opinions de ceux qui étaient autrefois marginalisés ou exclus de la vie sociopolitique du pays (par exemple, le processus visant à recueillir l'avis du peuple en Afrique du Sud [1996] était en partie centré sur la première participation des Noirs sud-africains au processus politique) ;

- Organiser un dialogue avec les citoyens sur les questions touchant à la vie de la nation ;
- Satisfaire les besoins de parties prenantes ayant des intérêts dans un processus - à titre d'exemple, certains groupes peuvent organiser des manifestations ou demander à être consultés, ou encore la communauté internationale peut financer ou n'accepter la légitimité d'un processus que lorsque le peuple a été consulté. Cela a été le cas dans les Îles Salomon, où le Programme des Nations Unies pour le développement a posé comme préalable au financement du processus de réforme constitutionnelle postérieure au conflit que les auteurs de la constitution organisent une consultation publique ;
- Faire office de campagne de relations publiques afin de renforcer la position du gouvernement ou du processus, plutôt que de mécanisme permettant de recueillir véritablement les opinions de la population ;
- Manipuler le processus consultatif afin que les résultats satisfassent des intérêts ou agendas particuliers.

Il est clair que le peuple n'est pas toujours consulté et lorsqu'il l'est, la consultation peut s'avérer insuffisante. Il est en effet possible de dresser une liste de raisons expliquant pourquoi les consultations n'ont pas lieu. Il s'agit notamment de traditions bien ancrées selon lesquelles les prises de décisions n'impliquent pas une consultation directe du peuple. Le plus souvent elles se fondent sur l'argument selon lequel un organe tel que le parlement ou une conférence nationale (le plus souvent dans les pays d'obédience francophone – voir partie 3.1.3) représente le peuple en toute circonstance, une consultation publique devenant dès lors superflue, ou encore sur l'idée selon laquelle l'élaboration d'une constitution est une question qui relève des politiques et des experts. Il ne faut pas non plus oublier les pressions, notamment politiques, visant à expédier le processus d'élaboration de constitution, car le fait de consacrer suffisamment de temps à la consultation publique est souvent considéré comme contre-productif.

Très peu de recherches ont été menées sur l'impact des consultations publiques sur le processus d'élaboration de constitution, qui permettraient d'évaluer dans quelle mesure les consultations publiques atteignent ou contribuent à atteindre certains objectifs, aussi indiscutablement louables que ceux de la légitimité accrue d'une constitution, par exemple. Toutefois, il a été démontré que les consultations publiques peuvent avoir un impact plus modeste, tel que l'élargissement de l'agenda social d'une constitution. À titre d'exemple, la participation des femmes au processus d'élaboration de constitution intégrée à un processus consultatif a permis une plus grande parité dans le processus autant que dans la mouture finale de la constitution, comme ce fut le cas au Canada [1982], au Nicaragua [1987], en Ouganda [1995], en Afrique du Sud [1996], en Afghanistan [2004], et au Kenya [2005].

Les nuances entre les pays par rapport à des facteurs tels que l'attitude des pouvoirs publics vis-à-vis des consultations publiques, les traditions des organisations, et la représentation des groupes d'intérêt constituent des éléments importants militant en faveur ou contre l'organisation de consultations publiques. Il existe dans certains pays une longue tradition de consultations publiques, et à moins que le peuple ne soit consulté, le processus ne peut être considéré comme ouvert à tous ou crédible. Plus généralement, on a tendance à attendre

de plus en plus des organismes publics qu'ils organisent des consultations publiques sur toute une gamme de questions, dont l'élaboration de constitution. En Afrique du Sud, où la consultation publique sur les questions constitutionnelles est une expérience nouvelle pour l'immense majorité de la population, une enquête menée par un institut de sondage indépendant a montré que 83 pour cent de la population - tous âges, toutes races et toutes ethnies confondus - estimait que l'assemblée constituante devait consulter la population sur la nouvelle constitution.

Dans les pays jouissant traditionnellement d'organes représentatifs légitimes - tels que les partis politiques, les syndicats et les grandes ONG (questions traitées à la partie 2.2.1 qui se trouve dans la partie intitulée « Évolution des modes d'élaboration de constitutions »), la demande de consultations publiques peut être beaucoup plus réduite. Le grand public peut se satisfaire de l'idée que les aspirations de la population, cristallisées et représentées à travers des structures et mécanismes bien établis, seront respectées et que de ce fait, même les citoyens exclus pourront être entendus. Toutefois, dans des sociétés divisées ayant elles aussi une certaine expérience des organes représentatifs telles que l'Afrique du Sud, les personnes chargées d'élaborer la constitution pourront estimer qu'il est tout de même utile de consulter directement les citoyens autrefois exclus.

Dans les pays ayant connu des violences, les processus consultatifs peuvent nourrir d'autres objectifs. Ils peuvent offrir à la population un cadre de rencontre et de dialogue avec des leaders qui se sont naguère affrontés sur des questions litigieuses et qui sont désormais résolus à coopérer dans le cadre du processus d'élaboration constitutionnelle. Si l'on prend le cas de l'Afrique du Sud, une telle expérience permet d'envoyer un message fort aux élites et à la population sur la nature « transformationnelle » du processus ainsi que sur les possibilités futures du pays.

L'une des raisons les plus importantes d'organiser des consultations publiques concerne les avantages de rencontres consultatives en direct, où les rédacteurs de constitutions discutent avec les citoyens de questions qu'ils n'auraient pu aborder en d'autres circonstances. Il arrive que les rédacteurs de constitutions soient surpris du niveau élevé des discussions – même dans les zones touchées par la pauvreté où peu savent lire et écrire. En Afghanistan [2004], les membres de la commission ont souvent été surpris de constater que les populations rurales étaient assez tolérantes quant aux croyances et aspirations religieuses. Les consultations publiques ont permis à plusieurs rédacteurs de constitutions (même ceux qui étaient opposés au départ aux consultations publiques) d'avoir une meilleure appréciation des opinions et aspirations des différents sexes, groupes ethniques, socioéconomiques ou géographiques.

Par ailleurs, certaines consultations publiques ont débouché sur des exigences en matière de dispositions constitutionnelles allant à l'encontre des sources du droit utilisées par les rédacteurs de constitutions, telles que les normes en matière de droits de l'homme. À titre d'exemple, certains pourront demander l'introduction de la peine de mort ou exiger l'exclusion d'une manière ou d'une autre de certains groupes minoritaires de la société.

Néanmoins, comprendre les raisons qui motivent de telles opinions peut aider les organes constituants à mieux répondre à de telles préoccupations (voir plus loin dans cette même partie, la partie intitulée « Réunions de consultation publique »), à promouvoir le dialogue sur la tolérance et à expliquer pourquoi la nouvelle constitution doit respecter les normes internationales et protéger les droits des minorités.

La mondialisation des idées et des expériences à travers l'Internet, les réseaux sociaux, ou encore d'autres moyens de communication, a favorisé dans plusieurs pays une prise de conscience croissante de cette tendance à l'élaboration participative de la constitution. Ceci a suscité l'espoir de voir le processus d'élaboration de constitution intégrer des dispositions plus ouvertes allant dans le sens de la consultation populaire. Par exemple, au Timor-Leste [2002], l'Asia Foundation a organisé des séminaires sur l'élaboration participative de la constitution au cours desquels les orateurs ont présenté les expériences du Kenya, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, de l'Afrique du Sud, de la Thaïlande et de l'Ouganda. Écouter de tels récits sur la participation populaire a contribué à accroître la demande pour une participation de ce type au Timor-Leste.

La majorité des membres de l'assemblée constituante timoraise estimaient être parfaitement en mesure de porter les aspirations de leurs mandataires (malgré un système de parti politique faible et embryonnaire dans lequel les partis n'avaient pas fait campagne sur un programme fondé sur des propositions de dispositions précises à inclure dans le projet de constitution de l'indépendance). L'assemblée constituante avait refusé au départ de consulter la population sur le projet de constitution. Les revendications des manifestants, des groupes de surveillance de la société civile, des membres de la communauté internationale et des médias ont fini par obliger l'assemblée constituante à revoir sa position.

Quelques principes directeurs pour conduire un processus de consultation publique

Lors de l'élaboration d'une constitution, la tendance est à la consultation de la population, sans que l'on ait réfléchi dans le fond à ce que constitue un processus de consultation authentique et efficace. Contrairement aux élections, il n'existe pas de normes établies permettant de savoir si un processus d'élaboration constitutionnelle a été libre et transparent. L'objectif du présent manuel n'est pas de dire s'il faut ou non édicter des normes. Toutefois, des sommes astronomiques ont été dépensées pour de nombreux processus de consultation populaire, sans pour autant que les opinions ainsi recueillies ne soient prises en compte ou analysées. Plusieurs raisons peuvent expliquer cet état de choses, notamment le manque de temps ou de moyens pour analyser les opinions, le manque d'intérêt pour la prise en compte de ces opinions, et le fait que les organes constituants estiment avoir déjà entendu directement ces opinions et donc, qu'ils n'ont plus besoin de les analyser une nouvelle fois (voir la partie 2.2.4).

Néanmoins, le minimum à faire pour qu'une consultation soit crédible serait d'enregistrer les opinions, de les analyser soigneusement et d'informer la population de l'utilisation qui en est faite.

Voici quelques principes généraux de nature à favoriser la conduite d'un processus crédible. Ils sont fondés sur les nouvelles normes en matière de bonnes pratiques (inspirées de nos propres expériences d'encadrement de consultations publiques ainsi que de celles de nombreux autres praticiens) :

- Planifier la consultation publique longtemps à l'avance ;
- Concevoir des calendriers réalistes ;
- Former la population afin qu'elle participe de façon significative ;
- Être transparent ;
- Être représentatif ;
- Veiller à ce que le processus de consultation soit accessible, sécurisé et inclusif ;
- Écouter avec respect les opinions des citoyens ;
- Réunir, enregistrer, analyser et rapporter fidèlement les opinions recueillies ;
- Étudier attentivement les opinions de la population avant de prendre des décisions ;
- Rendre compte et communiquer ;
- Veiller à ce que le processus soit piloté et géré par les acteurs nationaux ;
- Évaluer le processus consultatif.

Planifier la consultation publique longtemps à l'avance

L'une des leçons à retenir des anciens processus de consultation publique est que les rédacteurs de constitutions doivent commencer le plus tôt possible à travailler sur un plan stratégique de consultation publique. Il doit comporter un ensemble de tâches pour chaque phase de la consultation publique.

Un tel plan permet de s'assurer que chaque personne conduisant la consultation publique prenne connaissance à l'avance des tâches à effectuer, pendant et après le processus. Il doit contenir un plan opérationnel détaillé ainsi que le budget y afférent (voir encadré 23 ci-dessous sur l'élaboration d'un plan stratégique). En cas de processus participatif à de multiples niveaux et avec de nombreuses phases, le processus de planification peut nécessiter plusieurs mois.

Encadré 17. Népal 2009 : Problèmes qui se posent lorsque le processus est mal conduit.

Le processus de consultation publique népalais est emblématique de ce qui peut arriver lorsqu'un processus de consultation est entrepris sans de plan de mise en œuvre clair et convenu par les parties. La population n'avait pas été suffisamment préparée à la consultation. L'organe en charge de l'élaboration de la constitution avait lancé le processus de consultation en demandant à la population de faire parvenir ses opinions par téléphone, courriel ou poste. Après avoir reçu quelques réponses, un questionnaire comportant trois cents points fut préparé et distribué à l'occasion de rencontres consultatives directes. Hélas, le questionnaire, qui n'avait pas été testé au

préalable, était terriblement compliqué et confus. Même des Népalais très instruits eurent beaucoup de peine à comprendre les questions.

De surcroît, la population n'a pas eu assez de temps pour lire les questions et y apporter des réponses. En effet, les personnes interrogées devaient rendre le questionnaire rempli à la fin des réunions en face-à-face. Les rencontres étaient improvisées et annoncées à la dernière minute. Aucun plan harmonisé encadrant la conduite des réunions et la consignation des opinions n'a été préparé, et très peu de personnes y ont assisté. L'exercice a tout de même permis de collecter plusieurs milliers d'opinions. Mais l'organe chargé de l'élaboration de la constitution ne disposait guère de plan de dépouillement et de compte-rendu des résultats. Pour finir, chaque membre de l'organe constituant avait hérité d'un millier de propositions à analyser. Il n'y avait pas de méthodologie préétablie pour l'analyse des propositions, et celles-ci ont tout simplement été ignorées, transmises à des acteurs de la société civile ou encore à des amis pour analyse. Les résultats du dépouillement ne reflétaient pas fidèlement les opinions recueillies et parfois, ils furent même manipulés pour refléter en réalité les aspirations des membres eux-mêmes.

Établir des calendriers réalistes

Lorsque des consultations publiques en face-à-face sont programmées, selon le contexte, plusieurs mois peuvent être nécessaires pour planifier le processus et préparer la population à y participer. Il faut parfois compter plusieurs mois supplémentaires pour tenir les consultations publiques elles-mêmes. L'analyse des opinions peut également exiger plus de temps encore en fonction de différents facteurs tels que le format sous lequel elles ont été reçues, les effectifs de l'équipe chargée d'analyser les données, etc. (voir la partie 2.2.4). Informer la population des résultats et de l'utilisation des opinions pour préparer les projets de constitution ou des rapports peut prendre jusqu'à six mois supplémentaires. Pourtant, de nombreux processus d'élaboration de constitution consacrent moins d'une année (et parfois quelques mois seulement) à accomplir toutes ces tâches dans le cadre d'un processus hautement participatif. Établir un calendrier réaliste pour organiser des consultations publiques crédibles exige que l'on définisse chaque étape du processus et le temps nécessaire pour l'accomplir.

Préparer la population afin qu'elle participe de façon significative

Une éducation civique en prélude à une consultation publique est indispensable pour amener la population à participer de manière significative (voir la partie 2.2.2). De cette manière, les individus, les groupes et les organisations comprennent mieux le processus, la manière d'y prendre part et d'exprimer leurs opinions à ceux qui sont chargés d'élaborer la constitution.

Être transparent

Les personnes chargées de mener le processus doivent être transparentes sur le rôle de la population dans le processus, les délais de réception des opinions, la manière de formuler les opinions, ainsi que la manière dont les opinions sont consignées, analysées et utilisées. Elles doivent aussi informer les citoyens de la façon dont leur sera communiqué un compte-rendu, en particulier concernant l'usage des opinions et les moyens qui leur permettront de savoir si les points de vue exprimés ont pesé sur le processus de prise de décisions. Les opinions retenues doivent être portées à la connaissance de la population. En Islande, où la sécurité des personnes donnant leur avis n'est pas menacée, toutes les opinions sont postées sur le site web officiel de la commune (voir encadré 22 ci-dessous).

Être représentatif

L'organe ou le groupe chargé de conduire les consultations publiques doit être aussi représentatif et hétérogène que possible. On fera parfois appel à des sous-groupes restreints de l'organe constituant pour s'assurer que le plus grand nombre de sessions de consultations publiques en face-à-face puissent se tenir. Ces sous-groupes devront être le plus représentatif possible. À titre d'exemple, chaque groupe devrait comporter au moins une femme pour que les femmes ne pensent pas que le processus est exclusivement mené par des hommes. Ce principe s'applique à d'autres groupes pertinents tels que les minorités ou les partis politiques.

S'assurer que le processus consultatif est accessible, sûr et inclusif

Les quelques mesures citées ci-après peuvent aider à assurer l'accessibilité, la sécurité et la participation de tous au processus (voir encadré 9 où sont abordés les aspects à prendre en compte pour favoriser un processus inclusif) :

- **Information.** Donner suffisamment d'informations sur la manière et le moment de participer au processus. Il faudra parfois adapter les méthodes afin d'atteindre chaque différent groupe. Les convocations peuvent être annoncées par poste, courriel, télévision ou radio, au moyen d'affiches, de dépliants, d'Internet ou d'annonces effectuées par les chefs de villages.
- **Langue.** Pour une meilleure accessibilité, toute la documentation jugée importante devra exister dans toutes les langues pertinentes. L'interprétation simultanée est parfois nécessaire pendant les réunions publiques. Pour les citoyens malvoyants, il conviendra de prévoir des exemplaires du projet de constitution ou de tout autre document important rédigés en braille ou en version audio.
- **Lieu.** Pour les sessions de consultation ouvertes au grand public, le lieu de la rencontre doit être choisi en fonction de sa facilité d'accès aux moyens de transport publics, aux handicapés et doit veiller à inclure tout le monde (ex. : interdiction aux femmes d'entrer dans une mosquée réservée aux hommes). Il est plus sage de se rendre là où vit le groupe ciblé pour la consultation : les villages en milieu rural, les bidonvilles, les prisons, etc.

- **Degré de formalité.** Qu'il soit très formel ou très ordinaire, le cadre importe peu. Il faut plutôt prendre en compte les normes ou préférences culturelles. Les consultations publiques doivent être organisées de sorte que les participants puissent comprendre les sujets abordés et se sentent suffisamment à l'aise pour exprimer leurs opinions librement.
- **Choix du moment des consultations publiques.** Il est parfois nécessaire d'organiser les rencontres consultatives en évitant les périodes susceptibles d'exclure certaines personnes ou d'empêcher d'autres d'y prendre part pour des motifs liés à leur sexe, métier ou religion. À titre d'exemple, les femmes n'ont souvent que peu de créneaux libres pour participer à ces consultations. Une concertation préalable pour déterminer les jours et périodes appropriés pour les différents groupes peut s'avérer essentielle.
- **Mesures visant à autonomiser les populations.** Pour accéder au processus, certains groupes ont parfois besoin d'être encouragés ou d'un appui supplémentaire, sous forme, par exemple, de séances spéciales d'éducation civique ou de transport jusqu'aux lieux de réunions.
- **Des réunions ciblées pour ceux qui ne peuvent pas s'exprimer librement.** Lorsque les femmes ne se sentent pas libres de parler devant les hommes ou les jeunes devant les aînés, il est indispensable d'organiser des rencontres directes distinctes réunissant les femmes et les jeunes pour les écouter eux-aussi.
- **Sécurité.** Veiller à ce que la sécurité soit suffisamment assurée. Lorsque l'environnement est trop dangereux, il est impossible de tenir des consultations publiques. Au Zimbabwe, par exemple, [processus en cours], certaines personnes prenant part à des consultations publiques ont été agressées, tandis que d'autres avaient peur de s'exprimer en public par peur de représailles.

Écouter avec respect l'opinion des citoyens

Les personnes chargées des consultations devraient se garder de préconiser certains points de vue, de défendre une version provisoire de la constitution, de corriger ou de critiquer les opinions ou les choix exprimés. L'idéal serait qu'ils écoutent activement. Ce qui ne signifie pas pour autant que le débat et la discussion sont déconseillés. Dans les réunions directes en face-à-face, il faudrait, dans la mesure du possible, prévoir suffisamment de temps pour que tous ceux qui le souhaitent puissent prendre la parole.

Il faudrait encourager les citoyens à faire valoir leurs aspirations concernant la constitution en se basant sur leur expérience en tant que citoyens du pays, principe fondamental. À titre d'exemple, les participants doivent se sentir libres de parler du fait qu'ils n'ont pas accès à l'eau potable ou à des soins de santé. Il ne faudrait pas attendre d'eux une connaissance approfondie des questions constitutionnelles et de ce qui peut ou ne peut pas être intégré dans une constitution. Aucun des animateurs de la consultation ne devrait dire : « Ceci n'est pas pertinent ». Il revient aux organes constituants de prendre en compte les vues et les préoccupations et de les traduire en des termes constitutionnels, le cas échéant. (Voir l'explication à ce sujet dans la partie 2.2.3, qui se trouve dans la partie intitulée « Réunions de

consultation publique ». Cette partie expose la manière dont les opinions exprimées par les citoyens sur des questions qui peuvent sembler avoir peu de lien avec la constitution peuvent aider les constituants à mieux comprendre les attitudes, les croyances et les préoccupations des populations, contribuant ainsi au processus d'élaboration de constitution).

Enregistrer, classer, analyser et prendre en considération fidèlement les opinions exprimées

La consultation publique ne sera crédible que s'il existe un plan transparent pour enregistrer et analyser les points de vue, et si le grand public, les médias et la société civile peuvent confirmer que ces tâches sont accomplies dans la transparence. La partie 2.2.4 fournit des conseils pour chacune de ces étapes.

Examiner attentivement les opinions des citoyens lors de la prise de décisions clés

Un organe constituant doit comprendre des membres compétents capables de veiller à ce que les points de vue recueillis soient accessibles aux décideurs de manière à ce qu'ils puissent les prendre en considération lors de la prise de décisions (voir la partie 2.2.4 sur l'analyse et l'utilisation des opinions).

Rendre des comptes et communiquer

Une fois le processus de consultation publique achevé, un rapport final doit être soumis, en résumant les résultats et expliquant comment des intérêts ou des points de vue antagonistes ont été conciliés et des compromis trouvés (pour une analyse plus approfondie de cette question, voir la section 2.2.4 qui se trouve dans la partie intitulée « Rapports des organes constituants sur l'exploitation des opinions »). Ce rapport peut également expliquer la mesure dans laquelle la consultation publique a influé sur les décisions prises. En outre, les personnes chargées de la consultation publique peuvent signer des codes de conduite pour être tenus responsables de leurs actes (voir l'appendice C pour des exemples de codes de conduite).

Veiller à ce que les acteurs nationaux s'approprient et pilotent le processus de consultation

Des conseillers étrangers expérimentés peuvent aider les acteurs nationaux à élaborer, voire appliquer, si nécessaire, le plan de consultation. Toutefois, les acteurs nationaux doivent assumer les rôles moteurs dans une consultation publique. « L'appropriation nationale » signifie aussi que les populations doivent avoir le sentiment de s'approprier le processus. Cela peut être facilité non seulement en consultant simplement les citoyens, mais aussi en veillant à ce qu'ils soient satisfaits des mécanismes et du plan de consultation.

Évaluer le processus de consultation

L'évaluation du processus de consultation devrait en principe se faire à un stade précoce. De telles évaluations devraient notamment permettre de déterminer si les objectifs ont été

atteints, et de déterminer ce qui fonctionne bien et ce qui doit être amélioré. Une évaluation continue qui a débuté à un stade précoce permettra d'apporter des changements au processus de consultation, selon les besoins, dans le but de l'améliorer. L'évaluation devrait être intégrée au plan de travail stratégique dès le départ.

Elle peut être réalisée par un évaluateur indépendant, par ceux qui dirigent le processus, par les participants eux-mêmes, ou par une composition de ces acteurs. Cependant, dans la plupart des cas, on gagne à associer des évaluateurs externes compétents.

Choisir les modes de consultation des citoyens

Il n'existe pas de modèle parfait et universel pour conduire un processus de consultation publique. Il est courant que les processus d'élaboration de constitution qui accordent une grande priorité à la consultation aient recours à une combinaison de méthodes pour s'assurer qu'un maximum de citoyens puisse y participer. Par exemple, les constituants peuvent inviter des élites à soumettre des observations écrites ou à assister à des audiences sur des questions particulières, et ils peuvent se rendre à des endroits reculés pour tenir des réunions directes avec des groupes ruraux ou exclus.

Dans une société en proie à un conflit, le processus d'élaboration de constitution doit servir à plusieurs fins. Si la réconciliation entre les groupes est essentielle, les méthodes retenues devront promouvoir un processus de délibération géré avec tact, en évitant les méthodes et approches qui pourraient raviver le conflit. Le choix de la méthode devra se faire au cas par cas. À titre d'exemple, dans un pays qui a subi des atrocités, la conduite d'une consultation publique élargie sur la future constitution avant que les plaies aient été pansées peut s'avérer contre-productive. Il conviendra aussi de bien gérer les attentes pour ne pas décevoir les populations lorsque le processus et une nouvelle constitution ne produisent pas le résultat espéré.

Il existe certes des dizaines de méthodes possibles pour consulter la population et les experts sur le processus ou le contenu de la constitution, mais les plus couramment utilisées par les organes constituants sont les suivantes :

- **Les référendums non exécutoires** (voir la partie 3.5 pour une analyse de cette méthode de consultation publique).
- **Les appels à propositions** – L'appel peut être lancé à travers les médias, y compris les réseaux sociaux et les méthodes plus traditionnelles, comme le recours à des dirigeants locaux ou des affiches placées à des endroits stratégiques.
- **Les enquêtes basées sur questionnaire** – Un ensemble de questions qui peuvent être posées à un échantillon représentatif de la population ou à un groupe de participants volontaires.
- **Les réunions directes** – Y compris les rencontres avec les citoyens, des groupes spécifiques (par exemple, les femmes, les chefs d'entreprises, les agriculteurs, les jeunes), les sessions thématiques (axées, par exemple, sur un thème spécifique de la constitution, comme les droits de l'homme ou le pouvoir judiciaire), les groupes de discussion, et les experts. Les réunions directes couplées à des initiatives d'éducation civique constituent le meilleur moyen d'atteindre les groupes exclus et d'encourager leur participation.

La plupart des processus de consultation publique ont recours à une combinaison de ces méthodes, selon les motifs de la consultation publique. On trouvera dans les sections sur l'éducation civique et les principes directeurs de la consultation publique des conseils pratiques pour préparer le citoyen et organiser une consultation publique ouverte, transparente, participative et inclusive. La partie 2.2.4 décrit comment enregistrer, analyser et exploiter les opinions recueillies quelle que soit la méthode appliquée.

Appel aux citoyens à formuler leur opinion

L'organe constituant annonce généralement un délai pour la réception des propositions, souvent par le biais des médias. Des supports imprimés ou des messages diffusés par différents canaux peuvent expliquer l'intérêt de recueillir les opinions, et donner une indication sur la nature des enjeux pour lesquels des avis peuvent être soumis. Un format de présentation des opinions peut également être proposé. À titre d'exemple, la Commission constitutionnelle ougandaise a préparé et diffusé un manuel de 111 pages (qui présentait dans un langage simple toutes les grandes questions constitutionnelles à l'ordre du jour) afin d'encourager et d'aider les citoyens à faire valoir leurs points de vue. Cette Commission a également développé une brochure de 23 pages contenant 253 questions destinées à aider les citoyens à préparer des mémorandums exposant leurs opinions, et une brochure intitulée « Guidelines on Submission of Memoranda on Constitutional Issues » (*Lignes directrices pour la soumission de mémorandums sur les questions constitutionnelles*). Plus de 60 000 exemplaires de chacun de ces documents ont été distribués. Des affiches expliquant le processus d'élaboration de la constitution et appelant à soumettre des opinions ont également été distribuées.

Des experts, des groupes et des organisations ont spécifiquement été invités par des constituants à soumettre des propositions. La publicité autour du processus de consultation peut parfois aboutir au lancement de campagnes intenses de lobbying, notamment des pétitions recueillant des milliers de signatures et des campagnes de collecte de signatures. La gamme de formats dans lesquels des opinions peuvent être présentées est vaste, allant de mémorandums d'une ou deux lignes à des projets de constitution volumineux et détaillés.

L'utilisation de l'Internet, des lignes téléphoniques, de textos et des réseaux sociaux pour inviter les citoyens à s'exprimer et recueillir leurs avis

L'évolution rapide de la technologie permet aux membres d'un organe constituant de lancer des appels à propositions ou à observations concernant un projet de constitution ou un ensemble de propositions, en ayant parfois recours à des méthodes innovantes et en constante évolution. Les constituants doivent être prêts à s'adapter aux nouvelles technologies.

Les services de messagerie texte par téléphone mobile ont été utilisés pour faire parvenir des observations à l'organe constituant. La Coalition des femmes du Zimbabwe a lancé une campagne de message texte en vue de faire pression sur la commission du parlement pour corriger le manque de parité dans le processus d'élaboration de la constitution. En Somalie, où il était impossible de tenir des réunions de consultation publique en raison de

graves problèmes de sécurité, les SMS (messages texte envoyés par téléphone portable) ont été largement utilisés pour recueillir les avis sur les enjeux constitutionnels. L'Afrique du Sud a eu recours à une ligne téléphonique pour recueillir les opinions et les questions sur le processus constitutionnel.

Encadré 18. Utilisation de l'Internet au Kosovo [2008]

Les personnes chargées d'élaborer la constitution ont créé un site web (www.kushtetutakosoves.info) qui est devenu le principal forum pour les citoyens souhaitant débattre des questions constitutionnelles et faire remonter l'information. Ce site web était interactif et les citoyens pouvaient prendre connaissance des projets de constitution au fur et à mesure qu'ils étaient produits, et faire part de leurs opinions. La constitution a été traduite dans les langues albanaise, serbe, anglaise, bosniaque, turque et rom. Le site web, par lequel les opinions étaient sollicitées a enregistré plus de 2 700 000 visites (pour une population d'environ un million d'habitants).

Les sites web et les réseaux sociaux tels que Facebook et Twitter constituent d'autres moyens par lesquels les organes constituants peuvent éventuellement toucher un grand nombre de personnes, y compris les membres de la diaspora, loin de leur pays d'origine (voir l'encadré 23, qui décrit, à titre d'exemple, comment ceux chargés d'élaborer la constitution de l'Islande utilisent les réseaux sociaux pour tenir une large consultation publique sur le contenu de la constitution, et tiennent les citoyens informés de l'évolution du processus). Le nombre accru de propositions qui sont soumises par le citoyen peut donner lieu à un surcroît de travail pour un organe constituant qui attache de l'importance à l'analyse des opinions.

Le recours à des questions servant à guider le processus

Certains organes constituants préparent des questions d'orientation sur des enjeux constitutionnels qui sont communiquées avant le processus de consultation publique. Ces questions sont utilisées pour attirer l'attention sur les principaux enjeux de la constitution, promouvoir le débat et la discussion, et proposer des modalités pour la communication d'observations écrites ou orales à l'organe constituant.

Pour préparer des questions qui permettent de saisir les préoccupations de la population, la Commission de révision de la Constitution du Kenya (Kenya [2005]) n'a élaboré une liste de questions qu'après une vaste consultation publique menée auprès des communautés locales. La liste des vingt-deux enjeux ou thèmes constitutionnels reflétait les préoccupations de la population. La Commission a ensuite élaboré un « livre rouge », qui posait 199 questions supposées guider le processus. Ses antennes régionales ont aidé à distribuer le livre rouge à l'ensemble des communautés, et des panels de trois à cinq membres de la Commission menaient ensuite la consultation publique sur les questions de fond. Le livre rouge a aidé les

citoyens à organiser leurs exposés et leurs propositions écrites. La Commission juridique et constitutionnelle du Rwanda a organisé des réunions publiques dans chacun des 63 districts du pays, et les discussions étaient guidées par un questionnaire qui avait été préalablement distribué. Des initiatives similaires prises par la Commission constitutionnelle ougandaise ont été examinées plus haut dans cette partie (sous le titre « Appel aux citoyens à formuler leur opinion »).

Conseils pratiques pour rédiger les questions qui guideront le processus

Les questions d'orientation pour guider le processus :

- Peuvent être préparées sur la base d'une consultation publique antérieure portant sur les préoccupations des populations, ou sur la base d'un programme de réformes préalablement défini ;
- Devraient être rendues publiques et diffusées suffisamment de temps avant le processus de consultation publique afin de favoriser le débat et la discussion et d'aider les populations à réfléchir à ces enjeux ;
- Devraient éviter des termes techniques et rester simples, d'une longueur raisonnable (des tests préalables peuvent aider à déterminer si les questions d'orientation sont trop compliquées ou longues) ;
- Devraient être réalistes vis-à-vis des enjeux sur lesquels les citoyens peuvent faire un choix, étant donné que certains choix ne peuvent pas être une option, que ce soit pour des raisons politiques et historiques, ou du fait d'obligations internationales ;
- Devraient proposer de vrais choix et pas simplement orienter les populations vers une conclusion particulière prédéterminée ;
- Ne devraient pas susciter des attentes quant au nouvel ordre constitutionnel et ce qu'il peut apporter (il serait, par exemple, trompeur de poser la question « Pensez-vous que le gouvernement devrait fournir un enseignement secondaire gratuit ? », alors qu'il ne s'agit pas d'une option possible) ;
- Devraient être rédigées dans toutes les langues locales ; dans les sociétés à faible niveau d'alphabétisation, elles peuvent être préalablement communiquées par voie orale avant la consultation publique.

Le recours aux enquêtes basées sur un questionnaire

Réaliser une enquête scientifique basée sur un questionnaire

Un organe constituant peut souhaiter connaître l'opinion publique sur un choix constitutionnel ; par exemple, s'il faut adopter un régime parlementaire ou présidentiel. Pour obtenir un ensemble de données représentatives de l'opinion publique, les rédacteurs de la constitution auraient besoin de recourir à une méthode scientifique appelée « échantillon aléatoire ». Cette méthode présente l'avantage de recueillir des informations non seulement auprès de ceux qui souhaitent participer au processus, mais également de ceux qui autrement n'y participeraient

pas. Les statisticiens ont montré qu'il est possible de se faire une assez bonne idée des opinions de l'ensemble de la population en interrogeant un échantillon relativement réduit de personnes ; on utilise souvent un groupe de deux mille personnes pour représenter les opinions de l'ensemble de la population du pays. Cependant, lorsqu'on applique un échantillon aléatoire, chaque citoyen doit avoir la même chance que les autres de participer. Par exemple, l'échantillonnage peut consister à interroger une personne dans chaque centième ménage.

Nous ne connaissons pas d'organe constituant qui ait mené une enquête fondée sur un questionnaire en appliquant la méthode de l'échantillon aléatoire. L'Ouganda a rejeté l'idée d'une enquête scientifique parce que la commission a estimé qu'il était plus important d'avoir recours à la consultation publique pour faire participer la population et promouvoir le dialogue et le débat au lieu de simplement administrer un questionnaire à un certain nombre de personnes. La commission peut également avoir estimé qu'une telle enquête la contraindrait à expliquer pourquoi ses propositions ne sont pas conformes aux résultats de l'enquête.

Une bonne enquête aléatoire peut être utilisée pour faire savoir aux rédacteurs de la constitution si leurs points de vue sont partagés par la population dans son ensemble. Une enquête réalisée au Népal par des acteurs de la société civile a mis en lumière de grandes différences sur la question du fédéralisme entre les membres du parlement (93 pour cent) et les citoyens (42 pour cent), et entre les différentes castes, groupes ethniques, régions et niveaux d'instruction. Elle a également montré des différences dans les attitudes concernant les langues officielles et le maintien de l'État hindou.

Il est peu probable que ce type d'enquête renseigne les organes constituants sur les raisons pour lesquelles les groupes défendent certaines opinions, à moins que l'enquête ne soit extrêmement bien conçue et éventuellement réalisée au moyen d'entretiens. Il se peut qu'une enquête scientifique ne soit pas la bienvenue car les négociations entre les élites excluent certaines options, qu'elles correspondent ou non à l'opinion de la majorité de la population. Une enquête scientifique peut éventuellement accroître les tensions ou la méfiance entre les communautés en faisant ressortir des différences marquées à tout stade du processus.

Un processus de délibération devrait créer une dynamique qui conduirait à des changements d'opinion et, en principe, à une plus grande volonté de faire des compromis pour parvenir à un consensus. Une enquête probabiliste menée à un moment donné peut ne pas refléter la situation exacte même quelques jours seulement après sa réalisation si le contexte est instable. Dans les contextes instables en particulier, les événements peuvent du jour au lendemain changer les perceptions et l'opinion publique, de même que l'environnement politique.

Si une enquête scientifique ne doit être menée qu'une seule fois, il est peut-être plus utile de la réaliser après avoir procédé à l'éducation civique et après la distribution du projet de constitution à la population. Si le projet de constitution doit faire l'objet d'un référendum, une enquête peut indiquer aux rédacteurs de la constitution les points du projet qui suscitent un profond désaccord, et leur donner la possibilité soit d'expliquer le projet soit de le réviser afin de le faire accepter.

En revanche, l'enquête scientifique n'est pas toujours possible. Dans les pays sortant d'un conflit en particulier, il existe rarement des données démographiques exactes sur le nombre de ménages que compte le pays et le nombre de citoyens que comptent certains groupes ou communautés. Il pourrait y avoir des millions de personnes déplacées à l'extérieur du pays ; la violence pourrait être largement répandue, écartant certaines populations de l'enquête. Il pourrait s'avérer impossible d'obtenir un échantillon représentatif des opinions.

Une bonne enquête probabiliste nécessite de faire appel à des experts pour garantir un échantillon conçu sur des bases scientifiques. Dans un pays où le nombre de citoyens analphabètes ou semi-analphabètes est élevé, des entretiens peuvent s'avérer nécessaires pour s'assurer que l'enquête est inclusive. Les questions doivent être éprouvées au préalable pour s'assurer qu'elles sont bien comprises par les personnes interrogées et qu'elles ne les orientent pas ou ne les amènent pas à donner des réponses particulières.

Il est important de comprendre les limites des enquêtes. Un questionnaire téléphonique (où les numéros appelés sont choisis au hasard) peut ne pas être représentatif si tout le monde ne dispose pas d'un téléphone. Des professionnels occupés peuvent refuser de répondre au questionnaire. Les enquêtes sont souvent menées uniquement dans les grandes villes, ou dans une seule langue. Tous ces facteurs peuvent fausser les résultats de sorte qu'ils ne reflètent pas les opinions de la population dans son ensemble. Toutes ces limites peuvent être surmontées, mais uniquement en augmentant les coûts associés à l'enquête.

Encadré 19. Les pièges à éviter lorsqu'on fait appel à des bénévoles pour administrer des questionnaires : le cas de l'Irak [2005]

En Irak, les citoyens illettrés ont été largement exclus d'une enquête parce qu'ils ne pouvaient pas remplir les questionnaires, même si ces derniers étaient le seul moyen d'obtenir leurs opinions. Aucun travail d'éducation civique n'a été effectué avant la distribution des questionnaires et le contenu de ces derniers n'a pas été préalablement testé. Certes, les élites instruites en Irak pouvaient comprendre les questions, mais à part elles, rares étaient ceux qui pouvaient les comprendre. La distribution des questionnaires était considérablement biaisée en faveur des zones du pays peuplées de Chiites, et aucun effort particulier n'a été fait pour atteindre les femmes. Selon les estimations, plus de cent mille questionnaires ont été collectés, dont un petit pourcentage seulement provenait des deux autres grands groupes (les Kurdes et les Sunnites). Bien qu'à l'évidence les opinions n'étaient pas représentatives du pays dans son ensemble, cela avait peu d'importance, car les opinions ont été transmises trop tard aux organes constituants pour être prises en compte dans le processus d'élaboration constitutionnelle (Morrow, 2010).

Questionnaires remplis à titre volontaire

Les enquêtes par questionnaire ciblent en général des personnes suffisamment intéressées pour y participer (par exemple, en Afghanistan, en Irak, au Kenya, au Népal, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, en Ouganda et au Zimbabwe). L'Amérique latine semble ne pas avoir l'habitude d'avoir recours à des questionnaires remplis à titre volontaire dans le cadre du processus d'élaboration de constitution.

Bien que certains organes constituants aient essayé de diffuser les questionnaires à grande échelle et aient procédé à une analyse statistique des résultats de ces questionnaires remplis à titre volontaire, les résultats ne pouvaient pas représenter avec exactitude l'opinion publique dans son ensemble. Si 80 pour cent de ceux qui ont répondu librement au questionnaire sont favorables à une idée constitutionnelle donnée, on ne peut pas généraliser et prétendre que 80 pour cent de la population d'un pays la soutient également. Il est aussi possible que 60 pour cent des personnes ne sachent rien de la constitution ou du processus, ou ne s'en préoccupent pas. Il est donc mal avisé de ne recourir qu'à cette méthode pour consulter la population.

Rapports des sondages

Les rapports sur les résultats d'une enquête ou d'un sondage devraient décrire la méthodologie utilisée et le nombre de personnes interrogées, et présenter les questions qui ont été posées, ainsi que les données statistiques recueillies. Si les statistiques ne sont pas représentatives, il faut les expliquer, en fournissant des renseignements sur la manière dont les opinions ont été exploitées.

Les rapports des sondages devraient être examinés avec minutie. L'exemple d'un sondage mené au Kenya concernant l'avortement est frappant. Il a été rapporté dans la presse qu'environ 80 pour cent de la population était opposée à l'avortement, et un panneau publicitaire électronique a été mis en place pour annoncer cet « état de fait » à la population. Un peu plus tard, un agent de la société qui avait réalisé l'enquête a expliqué à la presse qu'il avait en fait été demandé aux personnes interrogées si elles étaient favorables à l'avortement dans un certain nombre de circonstances particulières (par exemple, le viol). Ainsi, la proportion de personnes opposées à l'avortement « quelles que soient les circonstances » fut ramenée à 18 pour cent.

Conseils pratiques pour réaliser des enquêtes

- Préparer les questions de telle sorte qu'elles soient faciles à comprendre, et les tester au préalable auprès de populations spécifiques ;
- Donner la possibilité de fournir des réponses écrites, préparer un questionnaire court, et laisser de la place pour que les personnes interrogées puissent aborder d'autres sujets ;
- Établir le questionnaire dans toutes les langues pertinentes ;
- Fournir des instructions sur la façon de le remplir, expliquer le processus d'élaboration de la constitution, le rôle du questionnaire, la façon dont les opinions seront utilisées, et quelles informations seront communiquées en retour ;

- Utiliser un ordre logique et placer les questions importantes au début du questionnaire. S'il n'existe de problème de sécurité, demander des renseignements personnels tels que l'âge, l'origine ethnique et la région du pays ;
- Expliquer si les réponses au questionnaire seront rendues publiques (par exemple, sur le site web officiel) et donner la possibilité aux personnes interrogées de garder l'anonymat ;
- Donner au citoyen au moins deux semaines pour lire et remplir le questionnaire (ce délai ne s'appliquerait pas à un questionnaire d'enquête scientifique) ;
- Faire en sorte qu'il soit facile de renvoyer le questionnaire par Internet, par la poste, à un bureau désigné à cet effet, ou dans une réunion de consultation publique.

Le recours à des réunions de consultation publique en face-à-face

Cette méthode offre la possibilité de promouvoir un processus plus ouvert et axé sur le débat. Elle permet aux rédacteurs de la constitution d'écouter les opinions et les préoccupations à la source. Nous examinerons quatre types de consultation publique directe :

- Les réunions de consultation publique (ouvertes à tous) ;
- Les groupes de discussion ;
- Les réunions avec des groupes sectoriels (par exemple, les femmes, les chefs d'entreprise, les nomades, les jeunes) ;
- Les réunions thématiques (portant, par exemple, sur les droits de l'homme, le système judiciaire, les droits fonciers).

Quel que soit le type de consultation publique organisé, dans le contexte des pays sortant d'un conflit ou des sociétés divisées, plusieurs défis ressortiront. Ils incluent la violence, des taux élevés d'analphabétisme, la méfiance à l'égard des processus officiels, ainsi que l'insuffisance des ressources et des canaux de communication ou des moyens de transport. L'analyse qui suit décrit comment ces différents types de réunions ont été organisés dans le cadre de processus passés et comment certains des obstacles courants ont été surmontés.

Réunions de consultation publique

Dans les processus très participatifs, des réunions publiques ont été organisées dans tout le pays et auprès d'importantes populations de la diaspora. Les rédacteurs de la constitution (le plus souvent des commissaires constitutionnels) ont investi dans l'organisation de centaines de réunions et dans la participation de dizaines de milliers de citoyens (par exemple, en Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975], en Ouganda [1995], en Afrique du Sud [1996], au Rwanda [2003] et au Kenya [2005]). Dans la plupart des pays, les membres de l'élite disposent normalement de moyens de communiquer leurs opinions dans le cadre du processus. C'est pourquoi de nombreux organes constituants insistent sur l'utilisation des ressources disponibles pour organiser des consultations publiques et atteindre les groupes exclus et défavorisés afin de leur donner les moyens d'avoir voix au chapitre, ou de participer au dialogue de réconciliation.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, les questions d'orientation sont parfois utilisées pour cadrer le débat. Avant l'élaboration d'un projet de constitution, les réunions publiques devraient être ouvertes à tout sujet, à moins que certaines réformes n'aient été écartées d'office (en raison, par exemple, du mandat juridique associé au processus). L'Érythrée avait prévu une période de quatre mois pour l'organisation de nombreuses réunions publiques sur un ensemble de propositions qui avaient fait l'objet d'une large diffusion. Les réunions commençaient par une présentation desdites propositions et une séance de questions/réponses et d'échange de vues était également prévue. Les questions étaient enregistrées et analysées en fonction des renseignements personnels recueillis. Quelque 175 réunions d'une durée d'environ trois heures chacune ont été organisées. Les commissaires constitutionnels furent souvent inspirés par la sagesse des points de vue donnés. Dans certains pays sortant d'un conflit, voire se remettant d'atrocités, il peut s'avérer nécessaire d'engager un autre processus public qui permette aux populations de commencer à parler ouvertement de leurs expériences dans de telles circonstances (une sorte de « jour de vérité »). Autrement, la première tentative de consultation publique pourrait donner lieu à l'expression d'opinions davantage rétrospectives que prospectives.

La sécurité de l'environnement social est une condition préalable à l'organisation de réunions ouvertes au public. Récemment au Zimbabwe en 2010, des participants à des réunions de consultation publique ont été attaqués (voir la partie 2.3.10 qui traite des questions liées à la sécurité). Les réunions doivent également promouvoir la libre expression des opinions. Comme nous l'avons noté précédemment, des réunions distinctes peuvent parfois être nécessaires pour certains groupes (par exemple, les femmes ou les jeunes, si ces groupes ne sont pas en mesure d'exprimer leurs opinions en public).

En Ouganda [1995] et au Kenya [2005], les membres de la commission constituante ont assuré à la population que toute préoccupation ou expérience représentait une question constitutionnelle pertinente. Dans d'autres processus, les rédacteurs de la constitution n'ont pas écouté les populations. Au Timor-Leste [2002], quelques-unes des personnes chargées d'élaborer la constitution ont déclaré que des opinions exprimées n'avaient rien à voir avec la constitution. En fait, ces individus ne comprenaient pas pourquoi il était important d'écouter l'opinion des populations afin de s'assurer que la constitution prenne en compte, dans la mesure du possible, leurs préoccupations ou aspirations et s'attaque aux problèmes graves qui se posent. Par exemple, au Kenya, une large proportion de la population se plaignait du manque d'accès aux médicaments. Les études de la commission ont montré que cette question était liée à la nécessité de décentraliser davantage les soins de santé, et les participants ont été informés de ce constat.

Des opinions en apparence « hors-sujet » doivent également être attentivement enregistrées, par souci d'inclusion des préoccupations de tous. À Bougainville [2004], par exemple, les hommes se plaignaient fréquemment du fait que les femmes portaient des « pantalons à six poches » (ce qui était perçu comme une volonté des femmes d'imiter les habitudes vestimentaires des hommes, au mépris de ce que certains dirigeants considéraient comme des différences majeures dans les rôles socioculturels et autres dévolus aux hommes et aux

femmes). Ces préoccupations n'ont pas amené la commission constituante à envisager de faire du port du pantalon par les femmes un acte anticonstitutionnel, mais plutôt à inscrire des dispositions plus exhaustives sur l'égalité entre les sexes dans la constitution afin de lutter contre la discrimination à l'égard des femmes dont ils avaient entendu parler lors de la consultation publique. En somme, la consultation publique peut aider les rédacteurs de la constitution à mieux comprendre les attitudes, les croyances et les aspirations du peuple.

Pour aider à organiser des réunions dans des régions reculées, les personnes chargées d'élaborer la constitution ont dû ouvrir des bureaux de district ou bureaux régionaux, comme ce fut le cas en Afghanistan [2004] et au Kenya [2005]. Dans le cas de l'Afghanistan, des bureaux ont également été mis en place au Pakistan et en Iran en vue de faciliter les réunions avec les populations de la diaspora. En Afrique du Sud, les membres du personnel du secrétariat ont travaillé en étroite collaboration avec les dirigeants locaux et la société civile à l'organisation des réunions. Au Kenya, la commission a visité les 242 circonscriptions existantes et mis en place des commissions constitutionnelles dans chacune d'elles. Ces commissions étaient composées de dix membres, dont trois issus de factions juridiques, à savoir : le député local, le président du conseil du comté dans lequel se trouvait la circonscription, et le chef de district. Chaque comité devait être, autant que possible, représentatif de la population de la circonscription. Il avait été recommandé que le tiers des membres de la commission soit des femmes. La commission a également mis en place des bureaux au niveau des districts afin de faciliter le processus de consultation publique.

La Commission constitutionnelle (Reeves) avait été invitée à réviser la Constitution de 1990. Elle a mené une consultation publique (Afrique du Sud [1996]), et les chefs locaux et la société civile ont aidé à organiser le transport de personnes aux points centraux où devaient se tenir les réunions. En Afghanistan [2004], les populations devaient assurer leur déplacement, et certains voyageaient pendant des jours pour participer aux réunions. Lors des réunions, il fallait parfois fournir de la nourriture aux personnes qui avaient parcouru de longues distances et disposaient de peu de revenus.

Aux îles Fidji [1997], des consultations publiques ont été organisées sur la révision de la constitution, mais sans préparer la population au moyen d'un programme d'éducation civique. Les transcriptions des réunions indiquent qu'une petite partie des opinions exprimées était basée sur une compréhension de la constitution de 1990 ou du constitutionnalisme. Une représentante du Forum consultatif des femmes a déclaré : « Nous n'avons reçu aucun exemplaire de la constitution. Nous en avons demandé un au chef de district pour pouvoir citer l'article ou la disposition qui traite de cette question, mais il n'en avait pas reçu non plus. » (Le Roy, 2010).

Dans les pays sortant d'un conflit ou en situation de transition, la population se méfie de l'État. Les rédacteurs de la constitution auront parfois à convaincre les populations de la sincérité de leurs initiatives. Une femme aux îles Fidji a déclaré : « Certains de mes oncles ont pensé qu'elle [la réunion de consultation publique] était organisée uniquement à l'intention des chefs, et que les personnes ordinaires n'auraient pas leur mot à dire, et que

ce serait donc une perte de temps d'y aller et d'écouter parce que leur voix ne serait pas entendue de toute façon. » (Le Roy, 2010). Avant la vaste campagne de sensibilisation à la consultation publique qui avait été organisée en Afrique du Sud, la plupart des citoyens doutait aussi que leur opinion soit sérieusement prise en considération. Lorsque de telles préoccupations sont probables, les personnes chargées d'élaborer la constitution se doivent d'expliquer comment le processus se déroulera et comment les opinions seront recueillies, enregistrées et prises en compte.

Plusieurs pays ont fait des efforts considérables pour communiquer sur le processus, ce qui en renforce également la crédibilité et encourage d'autres personnes à y participer. Nous avons évoqué plus haut l'exemple du Kenya [2005], où chaque circonscription avait reçu un compte rendu de la réunion publique qui s'y était tenue, et avait la possibilité d'y apporter des corrections. En outre, un rapport ultérieur de la Commission de révision de la Constitution du Kenya expliquait comment les opinions étaient analysées et prises en compte. Toutefois, dans bien d'autres pays, aucun effort n'a été fait pour communiquer sur le processus. En Colombie [1991], en Équateur [1998], au Venezuela [1999] et en Bolivie [2009], les opinions ont été transmises aux commissions constitutionnelles, mais aucun effort n'a été fait pour vérifier auprès des participants si leurs points de vue avaient été correctement pris en compte ou pour expliquer comment ils l'avaient été.

Les groupes de discussion

Les groupes de discussion renvoient à des discussions de groupe suivant un ordre du jour fixé et conduit par un modérateur. Pour être efficaces, les groupes sont restreints, comptant six à dix personnes. Les discussions et les interactions entre les participants sont conçues de manière à donner un aperçu des opinions des participants, et des idées et sentiments qui se cachent derrière ces opinions. L'analyse des résultats vise à aider les décideurs à vérifier leurs hypothèses et à prendre en considération les avis et les préoccupations de la population lors de la préparation de la constitution. Si les groupes de discussion portent sur les modalités d'élaboration de la constitution, les attitudes exprimées peuvent quant à elles aider les rédacteurs de la constitution à améliorer la conception du processus et à s'assurer que les préoccupations sont prises en compte à un stade précoce.

Les groupes de discussion peuvent avoir plus de chance que les sondages ou les enquêtes de saisir les complexités du débat constitutionnel et de promouvoir des débats riches d'enseignements. Cependant, comme avec les questionnaires, les groupes de discussion ne peuvent saisir qu'un moment particulier du processus. En conséquence, si ces groupes doivent être utiles aux décideurs, ils pourraient devoir se réunir périodiquement, car l'opinion publique peut changer au cours d'un processus suite au débat public ou à d'autres facteurs intervenant dans un processus dynamique.

Contrairement aux enquêtes probabilistes, les groupes de discussion sont une méthode de recherche qualitative. Parce que le nombre d'opinions recueillies est restreint (selon le nombre de groupes organisés), ils ne seront pas statistiquement représentatifs de la population dans

son ensemble. Des organisations telles qu'Interpeace et le National Democratic Institute ont appliqué cette méthode pour fournir des informations aux décideurs dans des pays comme Israël, le Soudan et Timor-Leste.

Pour autant que nous le sachions, les organes constituants eux-mêmes n'ont pas eu recours à ce type d'approche (bien qu'en Somalie, les groupes de discussion mis en place par le National Democratic Institute faisaient partie d'un processus coordonné par les Nations Unies, parce que la commission constitutionnelle ne pouvait pas créer ses propres groupes de discussion). Le processus officiel a insisté d'une façon générale sur l'organisation de grandes réunions, et les modérateurs n'étaient pas spécialement formés à se servir des débats pour cerner les préoccupations profondes et sous-jacentes liées aux questions constitutionnelles. Cela est probablement dû à l'accent mis sur la participation d'un maximum de personnes, au lieu de chercher à savoir ce que des discussions en plus petits groupes pouvaient apporter en termes de renseignements sur la tâche à accomplir.

Dans les sociétés profondément divisées, la méthode des groupes de discussion peut être une première étape utile pour cerner les opinions des différents groupes avant d'engager un processus plus ouvert d'éducation civique et de débat, susceptible de raviver les conflits s'il n'a pas d'abord pris en considération la dynamique qui prévaut dans le pays. Par exemple, les groupes de discussion peuvent d'abord être organisés entre groupes homogènes. Cette méthode peut également être efficace dans des environnements peu sûrs, où les réunions publiques seraient exposées à des menaces ou à des attaques.

Rencontres avec les groupes sectoriels

Ces réunions ont pour objet de comprendre les préoccupations et les opinions de groupes particuliers, tels que les chefs d'entreprises, les partis politiques, les médias, les nomades, les femmes et les jeunes. Il s'agit généralement de réunions de consultation publique à l'intention de groupes de plus grande taille, mais qui peuvent aussi être organisées en groupes de discussion. Certaines opinions ne pourraient ne pas être exprimées dans des réunions publiques ouvertes. En Érythrée, par exemple, les femmes prennent rarement la parole dans les réunions publiques. Dans d'autres pays, les jeunes sont gênés de s'exprimer en présence des aînés. Les réunions de groupes sectoriels peuvent aider à faire en sorte que toutes les opinions soient entendues et prises en considération.

Si les dirigeants locaux influencent considérablement les points de vue et opinions des communautés, les réunions avec des groupes sectoriels peuvent aider les rédacteurs de la constitution à comprendre comment le processus est perçu et quels messages les dirigeants communiqueront à la population. Cela peut être particulièrement vrai dans les sociétés claniques. On pourrait gagner en crédibilité et en participation de la population au processus en travaillant avec les principaux dirigeants locaux ou communautaires à l'organisation de réunions de consultation publique plus élargies.

En Afghanistan [2004], aucune réunion publique n'a été organisée en raison du manque de sécurité dans le pays. En revanche, les réunions se tenaient uniquement sur invitation et

avaient principalement pour objet de recueillir les avis de groupes particuliers, notamment les personnes déplacées à l'intérieur du pays et les minorités religieuses. De même, au Puntland [2009], la commission a identifié un ensemble de parties prenantes qui devaient donner leur avis sur le projet de constitution infranational. Parmi ces parties prenantes figuraient :

- Les gouverneurs, les maires et les représentants des ministères de l'intérieur et des collectivités locales ;
- La société civile, les organisations faîtières et les chefs d'entreprise ;
- Les chefs traditionnels et religieux.

Avant chaque forum, les participants avaient reçu une copie du projet de constitution révisée, et il leur avait été demandé d'identifier les articles spécifiques à débattre, à modifier ou à supprimer, d'en noter les lacunes, et de proposer des améliorations dans la formulation. Chaque forum débutait par un exposé du conseiller juridique sur le contenu général du projet de constitution et son processus d'élaboration. Les observations et suggestions des participants ont été compilées et enregistrées dans un tableau que la commission a utilisé par la suite pour mettre la dernière main au projet. Les contributions correspondaient en général à la catégorie à laquelle les individus appartenaient. On pourrait citer, par exemple, une plus grande autonomie du gouvernement central, l'accès aux revenus générés par les ressources naturelles, les droits des femmes, l'éducation et l'autonomisation politique et économique.

Outre l'organisation des réunions publiques ouvertes à travers le pays, l'assemblée constituante de l'Afrique du Sud a organisé des « audiences publiques sectorielles nationales ». Dans le cadre de ces forums, les membres ont rencontré des groupes de parties prenantes nationales, tels que les femmes, les chefs d'entreprises et les organisations religieuses, afin d'obtenir leurs observations sur des questions spécifiques intéressant ces groupes. Toutefois, au Brésil [1988], les sous-commissions de l'assemblée constituante ont organisé des auditions uniquement pour les groupes d'intérêt, dont les écologistes, les syndicats, les peuples autochtones, et les employés de maison. Les partis politiques étaient mal organisés et les groupes d'intérêt se sont sérieusement battus pour que leurs intérêts soient pris en compte dans la constitution. Il est possible que l'un des points faibles du processus brésilien tienne au fait que les membres de l'assemblée constituante ne se sont pas rendus aux quatre coins du pays pour écouter l'opinion publique à la source. Cette omission pourrait avoir conduit à un processus qui s'est avéré être moins axé sur le débat et qui constituait davantage une agrégation d'intérêts réducteurs et à courte vue.

Réunions thématiques

Dans de nombreux pays andins, comme la Colombie [1991], l'Équateur [1998] et la Bolivie [2009], des consultations publiques ont été organisées autour de questions thématiques qui reflétaient l'organisation interne des assemblées constituantes. En effet, ces réunions étaient souvent organisées par des commissions thématiques des assemblées. Ces commissions

ont convoqué des réunions publiques pour débattre de sujets précis, tels que les droits de l'homme ou le système judiciaire. Il s'agissait là d'un moyen efficace de faire en sorte que ceux qui traitaient d'un thème particulier recueillent les avis à ce sujet. Toutefois, si elle est le seul type de réunion organisée, une consultation publique peut décourager la participation du grand public parce que les citoyens sont moins enclins à donner leur opinion sur la structuration du système judiciaire, par exemple, que de faire part tout simplement de leurs préoccupations et aspirations d'une manière plus générale. C'est la société civile qui aura le plus tendance à participer à ce processus.

Conseils pratiques pour l'organisation de tous types de réunions directes

- Annoncer à l'avance la réunion par le biais des dirigeants locaux, des médias, des bureaux de district et d'autres canaux ;
- S'il y a des questions spécifiques sur lesquelles on voudrait recueillir des opinions, expliquer et informer les participants suffisamment à l'avance afin qu'ils puissent se préparer ;
- Veiller à ce que tous les participants aient reçu à l'avance des exemplaires de tous les documents relatifs à la consultation publique (tels que les questions d'orientation) établis dans toutes les langues pertinentes et dans une forme évitant tout jargon juridique ;
- Former les animateurs, en particulier, à la manière d'aborder les conflits et de promouvoir le dialogue (notamment lorsque ces éléments constituent des objectifs cruciaux, comme c'est le cas dans une société divisée ou sortant d'un conflit) ;
- Veiller à ce que les membres des organes constituants, les animateurs et d'autres acteurs officiels clés de la consultation publique soient dans la mesure du possible équitablement représentés sur les plans du sexe, de l'âge, de la race, et de tout autre aspect pertinent de la diversité ;
- Enregistrer tous les renseignements personnels nécessaires sur les participants sauf si ces renseignements sont susceptibles de conduire à l'intimidation de ceux qui partagent leurs opinions ;
- Présenter l'ordre du jour et tous les animateurs et intervenants, et expliquer le rôle des autres acteurs du processus, tels que ceux chargés du compte rendu de la consultation publique ;
- Expliquer les objectifs de la consultation publique, le temps imparti à chaque intervenant, en quoi la réunion s'inscrit dans le cadre des discussions plus larges portant sur la constitution, la façon dont les opinions de la population seront recueillies, enregistrées et exploitées, et comment les informations seront communiquées ;
- Enregistrer soigneusement toutes les opinions ;
- Prévoir du temps pour les questions et réponses à propos de la consultation publique ou pour un débat d'ordre général ;
- Prévoir des interprètes si nécessaire, y compris en langue des signes.

Utilisation de la vidéo pour faciliter la consultation publique

Interpeace a régulièrement recours à la vidéo dans ses interventions de consolidation de la paix, mais à notre connaissance, cet outil n'a jamais été utilisé dans un processus d'élaboration de constitution. Une utilisation prudente (et peut-être créative) de la vidéo à différentes phases des processus consultatifs peut servir aux fins ci-après et présenter les avantages suivants dans un processus de consultation publique :

- La vidéo peut être communiquée à toutes les personnes chargées d'élaborer la constitution. L'un des principaux avantages d'un processus de consultation publique réside dans le fait que ceux qui préparent la constitution ont l'occasion de voir et d'entendre à la source les préoccupations des personnes de différentes parties du pays et de groupes et communautés différents. Cela dit, les membres disposent rarement de suffisamment de temps pour se rendre dans toutes les régions du pays. Des images vidéo peuvent capter l'essence des réunions dans toutes les régions et donner aux membres qui n'y ont pas assisté la possibilité d'entendre des opinions plus diverses. Ou si c'est un groupe externe qui organise les réunions, il peut filmer et faire un montage des réunions et en communiquer le produit à l'organisme officiel ;
- La vidéo est un outil de préparation pour les animateurs. Dans la phase expérimentale, les images vidéo peuvent servir à montrer comment améliorer les groupes de discussion ou les réunions publiques. Elles peuvent également servir d'outil de formation en appui au développement des compétences des autres animateurs ;
- Elle favorise le dialogue entre les groupes. La diffusion d'images vidéo d'un groupe ou d'une communauté discutant de questions constitutionnelles peut stimuler le débat ailleurs. Lorsque, pour des raisons géographiques, sociales ou politiques, il n'est pas possible à certains groupes de communiquer, la présentation de vidéos des conversations d'un groupe à un autre peut susciter l'écoute et permettre de voir l'humanité de l'autre groupe. Selon ce qui est indiqué et possible à un moment donné, des vidéos de conversations au sein de chaque groupe peuvent progressivement se transformer en « dialogue indirect ». Des documentaires vidéo peuvent aussi faciliter la communication des opinions des réfugiés et des membres de la diaspora. La diffusion d'images d'autres individus discutant de questions constitutionnelles, même celles sensibles, peut aussi encourager des groupes qui considéraient le processus d'élaboration constitutionnelle comme un domaine réservé aux « élites » à y participer ;
- La vidéo rapproche l'« opinion publique » de l'élite socio-politique, et vice-versa. Les élites urbaines qui ne sont pas associées à la consultation publique n'ont pas la possibilité d'écouter les opinions des citoyens défavorisés, minoritaires ou ruraux. Et les images vidéo des entretiens et des discussions de ces différents groupes peuvent être diffusées là où les médias n'arrivent pas ou là où ils se contentent de diffuser le discours « officiel » ;
- La vidéo permet aux membres des organes constituants de rester impliqués dans la consultation publique. Si ceux qui préparent la constitution ne sont pas associés au processus de consultation publique, ils auront tendance à ignorer les résultats du processus. Au Timor-Leste, on a laissé entendre que les dirigeants de l'assemblée constituante ne

jugeaient pas exacts les rapports d'un processus de consultation publique qui s'était tenu avant l'élection de l'assemblée, ou qu'ils s'inquiétaient d'une éventuelle manipulation de ces rapports. Dans une telle situation, les images vidéo peuvent montrer que les opinions publiques des différents secteurs de la société ont été consignées et transmises fidèlement ;

- La vidéo permet d'enregistrer l'impact du dialogue. La vidéo est le moyen le plus efficace pour montrer les types de changements dans les attitudes, les discours et les interactions qu'un dialogue constructif peut aider à susciter. Elle peut être utilisée pour montrer aux organes constituants l'orientation du discours relatif à la constitution au sein des communautés. La vidéo peut être un outil de suivi et d'évaluation du processus participatif ;
- Elle constitue une archive historique du processus d'élaboration de constitution. Une nouvelle constitution est un fait historique important dans la vie d'un pays. Un enregistrement du dialogue constitutionnel peut être utilisé dans un musée constitutionnel (voir la partie 2.3.7) ou dans d'autres établissements d'enseignement.

Il y a aussi, comme toujours, des dilemmes et des risques liés à l'utilisation vidéo. Le fait de filmer les débats peut intimider les participants et réduire au silence ceux qui, autrement, se seraient exprimés. Cela peut également avoir l'effet contraire et amener les participants à parler longuement et pour les caméras. Cela peut aussi présenter un risque grave pour la sécurité des participants si l'intimidation ou la coercition sont un problème dans le processus. Il peut s'avérer nécessaire de décider préalablement si les lieux de réunion, ainsi que les noms des intervenants, doivent être communiqués ou non.

Si les avantages de la vidéo l'emportent sur les risques, des choix de production et de montage doivent être faits. Quelle est la capacité d'attention de l'auditoire attendu ? Certains publics ont peu de temps, et il faut faire passer les messages clés rapidement. D'autres seront non seulement désireux, mais même impatients de regarder un film plus long qui donne une plus large gamme de points de vue plus approfondis. Des vidéos de différentes longueurs peuvent être réalisées à des fins différentes. Comment les décisions seront-elles prises au sujet des voix à faire entendre ?

Les téléspectateurs peuvent se demander si les opinions formulées sont représentatives. Si une vidéo montre différents groupes de rédacteurs de la constitution consultant la population, ces rédacteurs ne pourront qu'admettre que la séance de consultation publique retransmise rend la quintessence des discussions et des opinions présentées.

2.2.4 Recueillir et analyser l'avis des citoyens

Quelle que soit la décision prise concernant les modes de consultation, les opinions recueillies auprès de la population devraient être traitées de manière transparente et responsable et soigneusement examinées. Ce travail nécessite une planification minutieuse. Les rédacteurs de la constitution sont souvent surpris par le nombre de citoyens qui y participent activement. Certains processus de consultation publique donnent lieu à un nombre important de propositions émanant de la population, qui peuvent être soit orales (enregistrées lors de réunions directes ou recueillies par des lignes téléphoniques spéciales) soit écrites et sous

forme de questionnaires, de pétitions, de mémorandums ou de projets de constitution. Avec la possibilité apparue récemment d'envoyer les commentaires par l'Internet ou par SMS, les propositions pourraient se compter par centaines de milliers.

Les propositions écrites peuvent tenir dans un paragraphe ou sur des centaines de pages. De nombreux processus ont permis de recueillir des milliers de propositions écrites et orales et des dizaines de milliers de questionnaires. En Afghanistan [2004], l'ensemble des contributions de la population se chiffrait à plus de cent mille propositions. Pour s'assurer que l'initiative soit un effort sincère de consulter la population, l'organe constituant devrait être bien préparé pour enregistrer, réunir, analyser, résumer, et rapporter les résultats de la consultation publique.

L'exploitation de ces opinions est une tâche majeure. Dans cette section, nous commençons par un bref examen des processus d'élaboration de constitution dans le cadre desquels des efforts considérables ont été déployés pour recueillir les avis des citoyens. Ce faisant, nous examinons pourquoi certains processus qui font l'effort de recueillir les opinions des citoyens peuvent ne pas aller loin dans l'analyse de ces opinions ou leur exploitation dans les décisions concernant la nouvelle constitution. S'appuyant sur l'expérience des processus où les opinions des citoyens ont été analysées et utilisées dans la prise de décision, nous examinerons ensuite :

- Dans quelle mesure les objectifs (pour lesquels les opinions des citoyens sont recueillies et utilisées) sont susceptibles d'influer sur le travail associé à la collecte et l'analyse des opinions ;
- Une série de questions plus générales concernant la manière dont les organes constituants organisent le travail de collecte et de traitement des opinions ;
- Les rapports que les organes constituants établissent sur l'usage qui a été fait de l'opinion des citoyens.

Exemples de processus où l'opinion des citoyens a été entendue

L'utilisation intensive par les organes constituants de l'opinion des citoyens dans la prise de décisions sur les modalités constitutionnelles est un fait relativement nouveau. Jusque dans les années 1960 et 1970, l'élaboration de la constitution était généralement considérée comme essentiellement l'affaire des dirigeants politiques et des experts en questions constitutionnelles. Les choses ont considérablement changé au cours des trente à quarante dernières années, notamment en raison de la généralisation du concept du droit de participation des citoyens.

Néanmoins, bien que les citoyens aient souvent été consultés ces dernières années, on compte peu de cas où les opinions recueillies ont été soigneusement analysées et exploitées pour prendre des décisions concernant la nouvelle constitution. L'un des premiers de ces cas était celui de Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975]. On citera également l'Ouganda [1995], l'Érythrée [1997], l'Albanie [1998], Bougainville [2004], le Kenya [2005 ; 2010] et Nauru [2010].

Les processus dans lesquels les plus grands efforts sont faits pour consulter les citoyens et recueillir et analyser leurs opinions sont généralement menés dans les pays à forte population rurale, et où il n'existe pas de moyens bien établis de recueillir facilement les opinions des

citoyens grâce à des organes largement représentatifs. Dans de nombreux pays (en particulier ceux qui sont considérés comme relativement « développés »), il existe des moyens établis de longue date pour recueillir l'avis des citoyens sur des questions qui divisent ; il s'agit d'entités censées représenter légitimement les principaux segments de l'opinion publique. On compte parmi ces entités des partis politiques, des syndicats et des ONG de premier plan. Lorsque les processus d'élaboration de constitution sont menés dans ces pays, les instances représentatives et la population en général estiment que normalement les schémas établis pour recueillir les avis seront respectés. En conséquence, il est moins probable que des efforts importants de consultation soient déployés pour recueillir et analyser les opinions et il est plutôt probable qu'un processus de consultation publique limité soit mené, un processus qui dans certains cas associe principalement quelques catégories de grandes organisations.

En outre, il existe de nombreux processus où l'on accorde peu ou pas d'importance à l'opinion des citoyens comme source d'information pour la décision. C'est peut-être dû au fait que l'élaboration de constitution est un processus négocié (comme c'est souvent le cas dans les pays sortant d'un conflit) où les parties à un processus de paix négocient un accord qui inclut un changement constitutionnel. Dans d'autres cas, l'on suppose que les représentants du peuple, tels que les membres du parlement, une assemblée constituante ou une conférence nationale, ont déjà un mandat, qui est d'exprimer l'opinion de leurs électeurs (ou ceux dont ils sont censés défendre les intérêts, comme avec les membres désignés d'une assemblée constituante ou d'une conférence nationale), aussi n'est-il pas nécessaire de mener de nouvelles consultations publiques.

Ce qui pourrait sembler étrange à première vue dans un certain nombre de processus d'élaboration constitutionnelle est que si des efforts considérables sont déployés pour recueillir l'opinion des citoyens, par la suite, ces opinions font l'objet de peu d'attention de la part des rédacteurs de la constitution. Au Rwanda [2003], 7 pour cent seulement des réponses à cinquante mille longs questionnaires distribués à la population par la commission constitutionnelle ont été analysés. En Irak [2005], les questionnaires qui ont été distribués et collectés n'ont jamais été examinés par les organes constituants.

Encadré 20. Comment les deux millions de propositions de l'Afrique du Sud ont été prises en compte

En Afrique du Sud [1996], on affirme que plus de deux millions de propositions ont été recueillies. La grande majorité concernait des signatures de pétitions (principalement sur des questions spécifiques) et seulement 13 000 propositions de fond environ. Cependant, bien que ces propositions aient été analysées et les rapports y afférents communiqués aux commissions techniques de l'assemblée constituante, elles avaient pour la plupart un impact limité sur les décisions relatives à la constitution, en grande partie parce que les principaux résultats ont été négociés entre les principaux partis politiques.

Encadré 21. Utilisation de l'opinion des citoyens en Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975]

Bien que les nombreuses opinions recueillies aient été largement exploitées, et que les recommandations du Comité de planification constitutionnel avant l'indépendance soient considérées comme étant largement fondées sur les opinions des citoyens, vingt ans plus tard, un membre du comité a déclaré : « À la fin nous avons abandonné l'idée d'analyser toutes les propositions que nous avons reçues, parce qu'il y en avait tout simplement trop. Et il y avait aussi, dans une certaine mesure, une position déjà adoptée selon laquelle nous représentions le peuple et que d'une certaine façon le peuple doit être dirigé et non pas suivi » (Mackenzie Daugi, membre du Comité de planification constitutionnelle de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, dans Regan, Jessup et Kwa 2001 : 361–62).

Voici certaines raisons pour lesquelles les opinions ne sont parfois pas analysées :

- Une absence de planification ou un manque de budget pour analyser et exploiter efficacement les opinions ;
- Le fait que les membres des organes constituants qui sont essentiellement des élus estiment qu'ils représentent déjà le peuple et devraient donc être libres de prendre les décisions qu'ils jugent les meilleures pour leurs concitoyens ;
- L'effort et les ressources considérables nécessaires si un grand nombre de propositions écrites ou sous toute autre forme doivent être recueillies et analysées, et les contraintes de temps extrêmes que l'on rencontre souvent dans les processus d'élaboration de constitution ;
- Les constituants ayant participé à de nombreuses réunions directes avec la population ont le sentiment de pouvoir faire leurs propres évaluations de ce qu'ils ont entendu, et n'ont pas besoin d'une analyse plus approfondie des transcriptions de ce qui a été dit lors de ces réunions ou de ce qui leur semble être similaire au contenu des propositions écrites ;
- Les citoyens sont en fait consultés à des fins autres que d'éclairer et informer les rédacteurs de la constitution, y compris :
 - Les sensibiliser aux enjeux constitutionnels (presque une forme d'éducation civique) ;
 - Une tentative de légitimer le processus ;
 - Répondre aux attentes ou aux pressions de la société civile, des médias, ou de la communauté internationale ;
- Les pressions exercées sur les rédacteurs de la constitution afin qu'ils ignorent ou minimisent les points de vue des citoyens sur des questions particulières, comme en Afrique du Sud où les fortes pressions populaires pour qu'il y ait des dispositions constitutionnelles en faveur de la peine capitale et de l'interdiction de l'avortement ont été ignorées en raison du souci du Congrès national africain (et d'autres) qui voulait s'assurer que la nouvelle constitution comporte des mesures progressistes de protection des droits de l'homme.

Les points de vue des citoyens ne sont jamais la seule source que l'organe constituant est autorisé à utiliser (voir la partie 2.2.3). Si l'opinion du peuple est certes importante, le fait que les rédacteurs de la constitution se fondent aussi sur d'autres sources les amène nécessairement à axer leurs efforts de recherche et d'analyse sur d'autres pistes. Cela peut conduire à la formulation d'opinions sur les questions constitutionnelles qui sont différentes, voire contraires, à celles qui prédominent au sein de l'opinion publique.

Conséquences des choix de consultation publique sur la réception et l'analyse des opinions des citoyens

Un organe constituant peut souhaiter recueillir et analyser les opinions des citoyens pour toute une série d'objectifs différents. Ces fins peuvent avoir une incidence importante sur la nature du travail à faire et sur le temps, le personnel et les ressources nécessaires à cet effet.

Une première série de consultations publiques sur l'opinion des citoyens peut être organisée afin d'aider l'organe constituant à établir la liste des questions à aborder dans le cadre du processus. Dans ces cas, un processus de consultation publique ultérieur habituellement beaucoup plus large est mené sur cet ordre du jour. Au-delà de la tâche consistant à organiser la consultation publique, la réception et le dépouillement des opinions nécessitent du personnel pour enregistrer les réunions, transcrire les avis exprimés, et les résumer dans des rapports sur lesquels la commission se fonde pour prendre des décisions sur les questions constitutionnelles à inscrire à l'ordre du jour.

Toutefois, les raisons les plus courantes pour lesquelles on recueille l'avis des citoyens ont généralement trait à la formulation de propositions sur la nouvelle constitution. Cela peut se faire de nombreuses façons qui ont été décrites dans la partie précédente sur la consultation publique, et cela peut nécessiter de porter une attention aux questions d'organisation et de ressources évoquées dans la partie consacrée à l'examen global des éléments requis pour recueillir et traiter les opinions exprimées.

Si, toutefois, on cherche à recueillir l'avis des citoyens par rapport à un projet de constitution, d'autres questions d'organisation et de ressources se poseront. Il faudra imprimer des exemplaires du projet, ou au moins préparer les documents explicatifs pertinents (fournissant, par exemple, suffisamment d'information aux citoyens afin de leur permettre d'être véritablement consultés). Il peut s'avérer nécessaire de faire traduire le projet de constitution et les documents explicatifs dans les langues locales. Il peut également être nécessaire de mettre en place un programme d'éducation civique spécialement conçu pour aider les citoyens à comprendre suffisamment le contenu du projet de constitution pour être en mesure de formuler des observations pertinentes.

L'une des finalités de l'analyse est de fournir aux rédacteurs de la constitution des renseignements sur le degré de divergence des opinions entre les régions d'un pays, ou entre les communautés ethniques ou religieuses dans un pays. Une bonne compréhension de ces variations revêt une grande importance dans le processus de formulation de recommandations sur les questions constitutionnelles, en particulier dans un pays sortant

de conflit. Pour s'assurer qu'une telle analyse est possible, il sera généralement nécessaire d'organiser le processus de consultation de façon à séparer les opinions à mesure qu'elles sont reçues des communautés, ou de façon à pouvoir les séparer et les analyser facilement plus tard (les 210 rapports distincts de circonscription au Kenya sont une illustration en la matière).

Recueillir et analyser les opinions peut aussi aider l'organe constituant à régler les questions litigieuses. En Ouganda, une analyse statistique minutieuse des opinions présentées à la commission constitutionnelle sur des questions qui divisaient fut l'une des multiples sources d'information utilisées par la commission pour prendre des décisions sur un certain nombre d'enjeux sur lesquels un large consensus ne se dessinait toujours pas après un processus très consultatif de plus de trois ans. Comme indiqué ci-dessous, la commission avait besoin d'experts et de ressources importantes pour entreprendre l'analyse des opinions exprimées sur le sujet dans les 25 547 propositions écrites qu'elle a reçues. La Commission a également publié les résultats de l'analyse statistique, afin de limiter les soupçons selon lesquels l'analyse statistique n'aurait pas été effectuée de bonne foi.

Ce qu'il faut pour recueillir et traiter les opinions

La partie qui suit donne un bref aperçu de quelques-unes des questions qui se posent lors de la réception et de l'analyse des opinions des citoyens.

Qui recueille et analyse les opinions

Bien que ce travail soit le plus souvent réalisé par l'organe constituant ou par son organe de gestion administrative (par exemple, son secrétariat), des difficultés majeures peuvent être rencontrées. Réunir le personnel et les ressources nécessaires peut être une entreprise de taille, que l'organe constituant peut difficilement effectuer par ses propres soins et dans les courts délais impartis. Ainsi, dans certains processus, ce sont des organismes gouvernementaux ou non gouvernementaux en place qui entreprennent ce travail pour le compte de l'organe constituant ou l'organe spécial mis sur pied à cette fin.

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, le bureau de l'éducation politique du gouvernement colonial (plus tard rebaptisé le Département de l'information) avait été mis à la disposition du Comité de planification constitutionnelle. Il a conçu le programme de consultation publique et a dirigé la formation des conseillers des groupes de discussion mis sur pied dans tout le pays, dans le cadre desquels une grande partie de la consultation publique a été menée. Ces conseillers transmettaient ensuite au comité les réponses aux questions données par les groupes de discussion et contenues dans six documents de travail diffusés par le comité. En Colombie, une commission gouvernementale a mis sur pied près de 16 000 groupes de travail dans tout le pays pour recueillir les opinions de la population. Elle a travaillé pendant les trois mois qui ont précédé la réunion de l'assemblée constituante. Elle a ensuite organisé les propositions écrites pour exploitation par l'assemblée constituante. En Albanie [1998], un nouveau ministère de la Réforme institutionnelle et des Relations avec le parlement a été

créé pour fournir une assistance à l'organe constituant (une commission du parlement). Ce département ministériel a aidé à créer un organisme quasi non gouvernemental chargé de faciliter la participation de la population et le dépouillement des opinions. Cet organisme était financé principalement par les bailleurs de fonds.

Dans la situation la plus courante où l'organe constituant lui-même se charge de coordonner la consultation publique et la réception et l'analyse des opinions qui en découlent, en particulier lorsque le processus dure plusieurs années, les organes constituants se dotent de leur propre personnel, y compris des experts. Pour illustrer le personnel requis prenons le cas de la Commission constitutionnelle ougandaise, qui a entrepris de recevoir et d'analyser les mémorandums, les rapports et les propositions orales contenant les opinions des citoyens ougandais. Il s'agissait là d'une entreprise de taille. Toutes les propositions ont été résumées à l'intention de la commission. En outre, les opinions exprimées dans toutes les propositions ont été examinées afin de déterminer les positions exprimées par rapport à un certain nombre de questions à controverse. Ces opinions ont été analysées d'un point de vue statistique afin d'aider la commission à prendre ses décisions sur les questions controversées. Les effectifs de la commission, qui comptait déjà une centaine d'agents, dont beaucoup travaillaient sur la synthèse et la gestion des propositions écrites, ont été renforcés avec 48 diplômés universitaires et autres agents, y compris des informaticiens.

Diverses formes sous lesquelles les opinions peuvent être communiquées, recueillies et conservées

Les citoyens peuvent communiquer leurs opinions aux rédacteurs de la constitution grâce à toute une panoplie de moyens, notamment :

- Des propositions orales lors des réunions publiques et dans certains processus ayant recours à des lignes téléphoniques dédiées (comme en Afrique du Sud) ;
- Les réponses aux questionnaires ou aux questions d'orientation distribuées par l'organe constituant, qui peuvent être communiquées par écrit ou en ligne ;
- Les propositions sous forme écrite ou imprimée portant sur des questions présentant un intérêt particulier pour les auteurs, dont de brèves notes, des lettres, des exposés longs et détaillés, des projets de constitution, etc. ;
- Les pétitions sur des questions particulières, signées dans certains cas par des centaines de milliers de personnes.

Grâce à un accès accru aux formes électroniques de communication, les moyens par lesquels les opinions peuvent être soumises ne cessent de se multiplier. On citera notamment :

- Les messages texte (SMS) envoyés via les réseaux de téléphonie mobile ;
- Les courriers électroniques ;
- Les blogs ;
- Les propositions formulées sur des sites dédiés ;
- Twitter et Facebook.

Un organe constituant qui tient sérieusement à recueillir et analyser les opinions doit accorder une attention particulière aux dispositions qu'il prend pour gérer ces opinions de façon à s'assurer que les documents soient accessibles et facilement consultables pour analyse.

Pour la gestion de grandes quantités d'opinions soumises par voie électronique, il sera essentiel pour un organe constituant d'engager un personnel spécialisé capable de mettre en place des systèmes d'enregistrement, de stockage électronique et de sauvegarde de ces propositions. Ces dispositions devront rendre les documents facilement accessibles aux rédacteurs de la constitution et à leur personnel, mais aussi disponibles pour des analyses statistiques et autres requises par les rédacteurs de la constitution. Des dispositions particulières peuvent être nécessaires en cas d'utilisation importante de la vidéo pour enregistrer les opinions. Lorsqu'un grand nombre de propositions orales et écrites ou imprimées est généré, des dispositions devront être prises pour s'assurer au moins que tous ces documents parviennent à l'organe constituant. Dans un grand pays où la majorité de la population vit dans des zones reculées et difficiles d'accès, où les niveaux d'alphabetisation sont faibles, et où de nombreuses langues locales sont parlées, les systèmes en place pour recueillir les opinions doivent intégrer des dispositions pour :

- Enregistrer ce qui est dit dans les réunions directes ;
- Encourager la communication des opinions sous forme rédigée ou imprimée, puis recueillir les propositions et les transmettre à l'organe constituant.

Encadré 22. Utilisation des réseaux sociaux dans la préparation d'une constitution : le cas de l'Islande [processus en cours]

Le Conseil constitutionnel islandais a créé un site web (<http://stjornlagarad.is/english/>) comportant des liens vers Facebook (<http://www.facebook.com/Stjornlagarad>), YouTube et Flickr. Il considère que c'est un moyen efficace de mobiliser une grande partie de la population parce qu'au moins 90 pour cent des citoyens islandais ont accès à l'Internet, et la plupart ont des comptes Facebook. La population est invitée, au moyen d'annonces dans les médias, sur la Toile et dans les réseaux sociaux, à envoyer des messages via Twitter, Facebook ou le site web. Tous les messages sont publiés dès lors que l'expéditeur fournit son nom et que le message est validé par le personnel du Conseil. D'autres peuvent commenter les opinions exprimées, ce qui suscite le débat sur les enjeux soulevés. Chaque jour, le conseil publie des entretiens de courte durée avec les membres du Conseil sur YouTube et Facebook. Tous les jeudis, les réunions du Conseil sont diffusées en direct sur son site web et sur Facebook. On trouve également sur le site web la constitution actuelle, les projets de constitution et d'autres documents clés, un calendrier des réunions et événements, les procédures du Conseil, les noms de ses membres, un bulletin d'information, etc. Le pays étant

de taille relativement réduite, cette approche est assez gérable. Une telle expérience sera sûrement plus difficile dans un pays plus grand. Le recours aux réseaux sociaux pour préparer une constitution est une démarche nouvelle qui mérite d'être étudiée pour examiner comment la rendre plus efficace (d'autres pays, comme le Ghana, ont également eu recours aux réseaux sociaux, mais pas dans une si large mesure).

Au Kenya, la Commission de révision de la constitution a établi des centres de documentation dans tous les districts administratifs non seulement pour faciliter la distribution des supports d'éducation civique mis au point par la Commission, mais aussi pour recevoir les propositions soumises. Dans d'autres pays, ce sont le gouvernement et les services administratifs qui ont recueilli les propositions de la population et les ont transmises à l'organe constituant.

Une fois les opinions recueillies, il est nécessaire de stocker et gérer les documents de manière à ce que l'accessibilité pour les constituants soit garantie et qu'ils soient utilisés à des fins d'analyse statistique ou de toute autre nature. Cela donne lieu à un certain nombre de considérations importantes à prendre en compte :

- Il sera nécessaire de mettre en place des systèmes de classement et de stockage des propositions sous forme électronique et en papier. Il faudra déterminer s'il faut sauvegarder les propositions rédigées ou imprimées en ligne (pour qu'elles soient plus facilement consultables) et où et comment les originaux seront conservés ;
- Les propositions devront peut-être être retranscrites, afin qu'elles soient lisibles par les membres de l'organe constituant, et peut-être intégrées dans les analyses statistiques des opinions communiquées ;
- Les propositions tant orales que rédigées ou imprimées devront possiblement devoir être traduites des langues locales vers des langues permettant de comprendre ces opinions et (si nécessaire) d'en faire une analyse statistique ;
- Dans certains processus, les organes constituants ont déployé beaucoup d'efforts pour faire la synthèse des propositions afin de les rendre plus facilement accessibles pour examen par les rédacteurs de la constitution et pour analyse statistique ;
- Les organes constituants doivent chercher à déterminer la meilleure façon de répondre aux inquiétudes, souvent exprimées par les citoyens lorsqu'ils sont consultés, que leurs opinions ne soient pas utilisées ou puissent être manipulées (par exemple, pour servir les intérêts d'un parti politique). Parfois, une suite est donnée à ces préoccupations en produisant des rapports sur les opinions reçues. Il est également possible de publier les opinions reçues sur un site web, accessible à toute personne intéressée.

La partie 2.3.8 propose une analyse plus détaillée des questions concernant les archives que devrait conserver tout organe constituant, y compris les archives relatives aux opinions formulées.

Analyse des opinions

Tout processus crédible de consultation publique passe par l'analyse des opinions, en particulier dans les cas où un grand nombre de propositions (orales, rédigées, imprimées ou électroniques) est reçu, ne serait-ce que parce qu'il est généralement impossible pour les membres de l'organe constituant de lire chaque proposition. Outre une analyse qui résume essentiellement ou identifie les principaux thèmes exprimés par les participants, diverses autres formes d'analyse peuvent être nécessaires. Cela peut dépendre des termes du mandat juridique de l'organe constituant, et de la raison précise pour laquelle des opinions sont recueillies et analysées dans ce cas particulier.

Le plus souvent, il n'y a aucune raison particulière autre que de mettre ces opinions à la disposition de l'organe constituant lorsqu'il prend des décisions sur les questions constitutionnelles. Mais pour ce faire, il est important que les opinions soient recueillies sous plusieurs formats. Citons, par exemple, : l'analyse des opinions sur des questions particulières, ainsi que ses principales variantes ; les analyses d'opinions de différentes régions ; ou les analyses statistiques des options envisagées pour répondre à certaines questions. Il n'existe pas de modèle en termes de tâches à accomplir ou de manière dont ces tâches doivent être effectuées.

Pour obtenir des réponses aux questionnaires ou aux questions d'orientation qui ont fait l'objet d'un suivi dans les propositions, l'analyse statistique peut s'avérer assez simple. Mais lorsque les propositions contenant des opinions sont plus ouvertes, divers problèmes techniques peuvent se poser. Par exemple, la proposition d'un grand parti politique, d'un groupe professionnel, d'une ONG ou d'un syndicat doit-elle avoir le même poids statistique que la proposition émanant d'un individu ? Lorsqu'une analyse statistique est effectuée pour aider à résoudre les problèmes qui divisent, en général, elle vise à déterminer le nombre ou le pourcentage d'opinions exprimées en faveur d'une option particulière. Ceci fut le cas avec la Commission constitutionnelle ougandaise en 1992. Il est donc parfois nécessaire que les analystes examinent chaque proposition pour déterminer si elle prend position sur la question controversée qui fait l'objet de l'analyse, et quelle est cette position. Parfois, il faut faire appel au bon sens pour trancher ces questions.

Toutefois, qu'il s'agisse d'une analyse sommaire ou plus approfondie des opinions, il est toujours possible que la population s'inquiète de la manipulation des opinions au cours de l'analyse. La sensibilité peut être particulièrement élevée lorsque l'on s'appuie sur une analyse statistique pour gérer les questions qui divisent. Dans tous ces cas de figure, il sera essentiel d'établir des procédures pour protéger les données de toute manipulation. À cette fin, la Commission constitutionnelle ougandaise a utilisé plusieurs niveaux de révision pour toute donnée saisie dans le cadre de l'analyse statistique qu'elle a effectuée. Les organes constituants peuvent aider à établir la confiance dans leurs analyses en se montrant aussi ouverts et transparents que possible sur les aspects suivants :

- Leur décision d'entreprendre une analyse statistique ;
- La méthode d'analyse utilisée ;

- Leurs efforts pour s'assurer qu'il n'y ait pas de manipulation des données ou des résultats ;
- Les résultats de l'analyse, idéalement en publiant les rapports sur les résultats.

Parmi les processus pour lesquels des rapports sur l'analyse des opinions ont été publiés, on citera le processus mené en Ouganda (où un rapport sur les résultats des analyses statistiques des opinions exprimées sur des questions controversées a été intégré dans le rapport en trois volumes publié par la commission constitutionnelle), ainsi que le processus mené au Kenya [2005]. Dans ce pays, la Commission de révision de la Constitution a publié un certain nombre de rapports sur son analyse des opinions des citoyens, y compris des rapports distincts sur les opinions exprimées dans les mémorandums de chacune des 210 circonscriptions électorales du Kenya.

Personnel, ressources et fonds

Un processus de consultation publique à grande échelle qui débouche sur la soumission de nombreuses propositions s'accompagnera généralement de la nécessité de disposer d'experts, d'équipements techniques et de fonds, au-delà du fait que les opinions des citoyens soient reçues, gérées et analysées par l'organe constituant ou par un autre organisme. Les membres du personnel requis pourraient inclure les archivistes, les agents chargés de la saisie de données (physiques et numériques), des informaticiens capables de mettre au point des logiciels et de gérer l'archivage électronique, et des personnes pour transcrire les propositions orales, pour traduire les propositions orales et écrites, et des personnes capables de résumer et d'analyser les propositions.

Parmi les équipements à prévoir, citons des classeurs (ou d'autres systèmes pour le stockage des documents originaux), le matériel de transcription des propositions orales enregistrées, des scanners, des logiciels et matériels informatiques pour stocker et analyser les propositions rédigées et imprimées. Au Zimbabwe [processus en cours], les gestionnaires du processus ont dû mettre au point un système de verrouillage ou de sécurisation des propositions originales de sorte qu'aucun des partis politiques ne puisse prétendre que les propositions aient été falsifiées.

Il faudra être rigoureux, non seulement dans l'affectation des effectifs, des ressources et des fonds, mais aussi du temps. Cette entreprise dépassera les moyens requis pour l'éducation civique et la consultation publique. Toute initiative sérieuse visant à recueillir et analyser les opinions sera presque impossible à moins que des dispositions adéquates n'aient été prises rapidement dans le programme de travail de l'organe constituant pour soutenir cette initiative.

Rapports des organes chargés de l'élaboration de la constitution sur l'exploitation des opinions

Certains organes chargés d'élaborer la constitution, notamment les commissions et les comités constitutionnels du parlement, préparent et publient des rapports sur leurs travaux. D'autres organes chargés d'élaborer la constitution tels que les assemblées constituentes, les

parlements et les conférences constitutionnelles ne publient généralement pas de rapports sur le processus d'élaboration constitutionnelle, bien qu'ils publient souvent des procès-verbaux de leurs délibérations. Les rapports des commissions constitutionnelles et d'autres organes similaires visent généralement à expliquer les raisons de leurs recommandations sur les questions constitutionnelles. À ce titre, ils sont généralement destinés principalement à l'assemblée constituante ou au parlement qui débattera du projet de constitution élaboré par la commission ou le comité.

Une autre finalité parfois importante de ces rapports est de faire preuve de transparence et d'informer la population de l'analyse des opinions des citoyens, et d'expliquer comment ces opinions ont été prises en compte (ou écartées) dans la prise de décisions sur les questions constitutionnelles.

Parce qu'ils visent à persuader les assemblées constituantes et les parlements de la valeur des propositions pour le projet de constitution qu'ils expliquent, ces rapports sont souvent longs et détaillés. Le rapport de 1974 du Comité de planification constitutionnelle de la Papouasie-Nouvelle-Guinée comportant la description du processus et les recommandations comptait 348 pages, tandis que le rapport de 2004 de la Commission constitutionnelle de Bougainville en comptait 368. Le rapport de 1996 de la Commission de révision de la Constitution fidjienne faisait 791 pages. Le rapport final de la Commission constitutionnelle ougandaise comprenait trois volumes distincts :

- Un projet de constitution de 144 pages ;
- Un volume de 921 pages, portant sur l'analyse et les recommandations, expliquant les motifs des décisions sur lesquels le projet de constitution était fondé ;
- Un index des sources des opinions des citoyens, contenant 383 pages, répertoriant toutes les propositions reçues et les rapports des séminaires publics organisés par la Commission, et contenant des tableaux récapitulatifs de l'analyse statistique sur laquelle la Commission s'est fondée pour prendre des décisions sur plusieurs questions controversées.

Bien que ces rapports volumineux puissent être lus par certains membres de l'assemblée constituante ou du parlement, leur longueur et leur niveau de détail les rendent généralement inaccessibles pour la plupart des citoyens ordinaires.

Une autre approche utilisée par la Commission de révision de la Constitution du Kenya consistait à publier non seulement les rapports sur les opinions reçues dans chaque circonscription, mais aussi une version abrégée du rapport principal examinant les recommandations constitutionnelles de la Commission. Le rapport abrégé était justement destiné à aider à surmonter les problèmes courant d'accessibilité que posent les rapports volumineux et détaillés.

Ces rapports acquièrent une importance accrue lorsque les dispositions d'une nouvelle constitution exigeant que les tribunaux qui interprètent ladite constitution fassent référence aux documents clés pertinents pour déterminer l'esprit originel de ses dispositions. Dans les Constitutions de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et de la région autonome de Bougainville, ces dispositions allongent les rapports des commissions constitutionnelles respectives.

Ainsi, dans la mesure où les rapports analysent et se fondent sur l'opinion des citoyens (et c'est le cas dans une bonne mesure pour les deux constitutions), ces opinions demeurent pertinentes pour l'interprétation courante de la constitution.

2.3 Administrer et gérer le processus et ses ressources

Les processus participatifs d'élaboration de constitutions peuvent nécessiter la planification, la coordination et la mise en œuvre de centaines de tâches complexes et politiquement sensibles, et la gestion de centaines de personnes sur une longue période. Dans une situation postérieure au conflit, ces tâches peuvent devenir titanesques. Les infrastructures sont parfois rares ou sérieusement endommagées, les ressources humaines réduites par la guerre ou l'exil, et la méfiance règne entre les populations et les dirigeants. Les gestionnaires ont dû surmonter ces contraintes et beaucoup d'autres pour recueillir des fonds, rénover les bâtiments, embaucher et former un grand nombre d'employés à brève échéance, se procurer des photocopieurs et des ordinateurs, ainsi que du papier en grande quantité, accueillir les médias de nombreux pays, rémunérer les membres du personnel et transférer des fonds aux bureaux extérieurs en l'absence de système bancaire fonctionnel, sécuriser le processus, et gérer des membres de la communauté internationale qui veulent influencer sur le processus, ainsi que des bureaucraties lentes ou corrompues. Les administrateurs et les gestionnaires ont accompli ces tâches et plus encore en ne consacrant que peu de temps à la planification.

Les exigences administratives et en matière de gestion d'un processus d'élaboration de constitution ne sont pas souvent bien comprises par ses concepteurs. Dans cette section, nous alertons nos lecteurs sur les tâches administratives et de gestion qui sont propres ou essentielles à l'élaboration d'une constitution. Les tâches décrites dans cette partie ne concernent pas les décisions prises par les dirigeants politiques de l'organe constituant. Ce sont principalement des tâches qui sont exécutées en appui à l'organe constituant. Une analyse étroitement liée à cette question et concernant les organismes qui exécutent ces tâches et comment ils sont structurés et gérés est proposée dans la partie 3. La partie 3.3 en particulier traite de l'organisme chargé de la gestion administrative qui sera éventuellement responsable de bon nombre des tâches décrites ci-dessous.

2.3.1 Les tâches essentielles d'administration et de gestion d'un processus

Les tâches administratives d'un processus d'élaboration de constitution peuvent être globalement décrites dans le cadre juridique, mais le processus impliquera bien souvent plus de tâches, telles que :

- La planification stratégique ;
- Les questions financières, y compris la budgétisation, la tenue de registres budgétaires, l'audit, la mobilisation des fonds et les relations avec les donateurs ;

- Les questions liées au personnel, y compris le recrutement et la gestion ;
- La logistique, y compris le déplacement de personnes sur de longues distances pour prendre part à des réunions et l'organisation de leur hébergement ;
- L'achat des billets de transport, des équipements, des fournitures et des services ;
- La sécurité, notamment l'élaboration et la mise en œuvre des politiques et procédures pertinentes ;
- La rénovation ou la sécurisation des bâtiments et l'entretien du matériel ;
- La gestion des conférences et de la restauration (pour cinq cents personnes ou plus, éventuellement) ;
- Les services de traduction et d'interprétation ;
- Les technologies de l'information et de la communication, y compris l'installation de réseaux et de systèmes de bases de données, ainsi que la réparation d'ordinateurs ;
- Le développement des compétences et l'orientation du personnel et des rédacteurs de la constitution ;
- La recherche, la rédaction des dispositions constitutionnelles, l'archivage et la tenue des dossiers ;
- Les tâches de secrétariat, y compris la prise de notes, l'établissement de procès-verbaux, et la distribution des programmes ;
- L'impression de livres et la publication d'ouvrages, de brochures, de questionnaires ou de dépliants, et
- La sensibilisation de la population, y compris l'éducation civique et la consultation publique.

Un large éventail de compétences sera nécessaire pour mener à bien ces diverses tâches, dont chacune fera intervenir de nombreuses activités plus précises. Voici un aperçu des diverses tâches à envisager :

- L'organisation d'un concert de musique pop, d'un concours de chant, ou d'un match de football dans le cadre d'un programme d'éducation civique et de sensibilisation pour les jeunes ;
- La traduction du projet de constitution dans plusieurs langues et impression de millions d'exemplaires de ce document avant la consultation publique ;
- La location de tentes pour servir de salles de réunion pour une large assemblée constituante ou un congrès constitutionnel ;
- La conception de badge de sécurité pour indiquer qui a accès à quelles parties des locaux et salles de réunion ;
- L'organisation de la distribution quotidienne de pauses café et de repas pour un millier de personnes pour une convention nationale ;
- La conception du logo et de la documentation officielle pour l'organe constituant.

2.3.2 Planification stratégique et opérationnelle

Par planification stratégique nous entendons l'établissement d'un plan de mise en œuvre des décisions de politique générale prises par l'organe constituant. Le plan stratégique devrait énoncer où le processus se déroule et comment y parvenir, en proposant notamment des

plans opérationnels détaillés sur la façon dont chaque tâche sera effectuée, par qui, et avec quelles ressources. Cela facilite l'étape suivante dans la phase de planification, à savoir l'établissement du budget. Prévoir des plans détaillés est essentiel car dans des circonstances difficiles (personnel inexpérimenté, changement des délais et crises politiques se profilant à l'horizon) il arrive que l'on omette même les tâches les plus élémentaires. Il est déjà arrivé, par exemple, que des administrateurs et des gestionnaires de processus oublient ce qui suit :

- Prévoir, pour une longue durée un lieu de rencontre pour l'organe constituant, ce qui a conduit à des frais d'hôtel coûteux pendant des mois afin que les réunions puissent se tenir ;
- Commander suffisamment de papier ou de cartouches d'encre pour l'imprimante, ce qui a empêché les membres de recevoir des projets de constitution à examiner et a entraîné de longs retards jusqu'à la livraison de papier et de cartouches ;
- Se rendre compte que les membres parleraient des langues différentes, et que des traducteurs et des interprètes seraient nécessaires au quotidien pour plusieurs langues, ce qui a ralenti considérablement le processus et donné à de nombreux constituants le sentiment d'être exclus de la participation ;
- Former des preneurs de notes ou mettre en place un système d'enregistrement des décisions, ce qui a conduit à la confusion au sujet de ce qui avait été décidé et à des accusations de manipulation formulées à l'encontre des dirigeants de l'organe constituant, parce que certaines dispositions de la constitution avaient été modifiées et les membres ne se souvenaient plus si la modification avait été approuvée ;
- Réaliser qu'il est nécessaire d'analyser les propositions soumises, ce qui a donné lieu à de nombreuses difficultés, notamment des retards dans le processus, l'utilisation de méthodes d'analyse inefficaces, ou l'abandon de toute tentative sérieuse d'analyser les opinions reçues, et des pressions pour obtenir des fonds et des experts à brève échéance ; et
- Remettre des copies du projet de constitution à une communauté minoritaire avant que le processus de consultation publique ne commence, ce qui a amené la communauté en question à accuser les personnes chargées d'élaborer la constitution de vouloir manipuler et garder le secret sur le processus.

Le plan stratégique est élaboré par les gestionnaires ou les dirigeants du processus et comprend une partie ou l'intégralité des éléments suivants :

- Les buts et objectifs globaux de l'administration et de la gestion du processus (qui peuvent être définis dans le mandat juridique du processus ou devront être davantage étoffés pour le plan stratégique) ;
- Les tâches essentielles qui permettront d'atteindre les objectifs du processus ;
- Un calendrier global des principales tâches qui doivent être effectuées et un plan coordonné de ce qui sera nécessaire pour exécuter les tâches dans les délais prévus, y compris le personnel, le matériel et les ressources financières, ainsi que les partenariats externes ;
- La détermination de qui fait quoi et quand au niveau du personnel, du département ou de l'organisme ;
- La façon dont les tâches seront suivies et évaluées.

Le plan doit être réaliste en termes de ce qui est réalisable dans les délais impartis et des ressources disponibles pour le processus, y compris les fonds. En principe, le personnel clé ou les gestionnaires qui appliquent le plan stratégique aideront à élaborer les plans opérationnels détaillés. Ces plans décrivent précisément comment chaque tâche sera exécutée et comment les succès seront évalués. Le présent manuel a été conçu en partie comme outil de planification pour identifier les tâches, le personnel, les institutions, les procédures, les ressources et les relations externes qui peuvent être nécessaires. Un examen rapide de la table des matières détaillée de ce manuel pourra aider au processus de planification.

Encadré 23. Exemple de processus de planification stratégique

Pour donner un exemple de planification stratégique, supposons qu'il a été décidé de mettre en place une commission constitutionnelle qui élaborera un rapport final et un projet de constitution à soumettre au parlement. La feuille de route globale du processus pourra comprendre les étapes suivantes :

- L'éducation civique préliminaire ;
- La consultation publique ;
- L'analyse des opinions recueillies ;
- L'avant-projet ;
- La consultation sur le projet ;
- Les décisions finales ;
- La rédaction juridique ;
- Le débat au parlement.

La commission est nommée et dispose de plusieurs mois pour préparer son plan stratégique. Elle compte un administrateur en chef et trois autres agents administratifs, dont un comptable. Elle a accès au ministère des Finances et à d'autres départements ministériels pour obtenir des conseils.

Pour chaque étape, la commission doit décider si les différentes tâches la concernent, et dans quelle mesure. Par exemple, au moment où la phase finale (débat au parlement) se déroule, la commission peut être en train d'achever son mandat.

Le plan stratégique comprend des activités globales et des calendriers. Après l'élaboration du plan, la commission devra répartir ces activités en tâches plus détaillées, puis identifier les ressources requises pour les exécuter, et enfin préparer le budget. Il existe une boucle de remontée de l'information couvrant les différentes étapes ; la commission ne peut pas tout simplement prévoir d'effectuer des tâches sans savoir si elle disposera de fonds.

Le cadre du plan stratégique doit être un document juridique ou de politique (ici nous l'appellerons la loi) qui consacre la réflexion à ce stade. Les réalités de la situation

ont également une importance cruciale, et pour cela, la commission ne devrait pas hésiter à demander des informations à toutes les sources pertinentes, y compris les ministères, organismes de recherche et organismes internationaux.

En planifiant la première étape portant sur l'éducation civique, la commission doit se poser les questions suivantes :

- Que dit la loi ? La commission est-elle tenue d'enseigner l'éducation civique ? Dans la négative, en est-elle capable ou devrait-elle encourager d'autres acteurs à s'en charger ? Doit-elle s'en charger en collaboration avec d'autres organisations ? Disposera-t-elle (ou devrait-elle rechercher) des financements à céder à d'autres acteurs, ou devrait-elle se tenir complètement à l'écart du processus d'éducation civique ? Si la commission n'a aucun rôle à jouer sur ce plan, le processus de planification pourrait s'arrêter là et passer à l'étape « réception des opinions ».
- Si la commission a le choix sur ce qu'il faut faire, quelle structure de l'éducation civique devrait être adoptée pour permettre l'emploi optimal des ressources disponibles de la commission et d'autres entités ? Cela nécessitera une évaluation des capacités de la commission et d'autres organes.
- Que faut-il faire (que savent les citoyens des questions constitutionnelles) ?
- Si les citoyens ont déjà reçu une certaine éducation civique, quel organisme l'a dispensée ? Cela s'est-il fait correctement ? Ces organismes sont-ils en mesure de poursuivre leurs interventions ?
- Si la commission doit se contenter d'assurer le financement, s'appuiera-t-elle sur d'autres organismes pour décider du montant des financements nécessaires ? Si la commission doit faire plus, elle doit se poser les questions suivantes.
- De combien de temps dispose-t-on ?
- Comment informer les groupes exclus ou difficiles à atteindre ?
- Quelles méthodes devraient être utilisées pour communiquer – radio, télévision, théâtre, livres et brochures, bandes dessinées, réunions, concours d'art et de rédaction, etc. (voir la partie 2.2.2) ? À ce stade, on devra largement faire appel à d'autres acteurs. Est-ce qu'une entité dispose de chiffres sur le lectorat des journaux, l'audimat des radios, les niveaux d'alphabétisation ? Il faudra faire appel à des experts en matière d'éducation civique (la commission n'en a probablement aucun, ou tout au plus un, parmi ses membres). Quelle(s) langue(s) seront utilisées ? Au bout du compte, la commission aura besoin de savoir combien coûtent tous ces éléments. Les journaux publient-ils gratuitement ce genre d'information ? Comment aller vers les groupes exclus, et qui sont-ils ?
- Si la commission doit participer à la mise en place, à la coordination ou au financement de l'éducation civique, elle devrait élaborer un plan global couvrant des questions telles que :

- Comment atteindre la plupart des citoyens – par les journaux, par les réunions directes, par la radio ou par la télévision ? Et quel type de programmes de médias électroniques mettre en œuvre : forums, pièces théâtrales, émissions où les auditeurs ont la parole?
- À quel niveau les réunions doivent-elles se tenir (chaque ville, mairie) ?
- Quels types de publications faudra-t-il ?
- La commission disposera-t-elle d'un site web, et utilisera-t-elle d'autres plateformes en ligne comme Facebook ?
- Son plan stratégique devra être assorti de calendriers cadrant avec probablement ceux prévus par la loi. Les dates repères seront principalement réservées à un usage interne : à telle date il faudra avoir recruté du personnel ; à telle autre il faudra avoir identifié les organisations partenaires, le cas échéant ; à telle période, il faudra organiser des réunions publiques, etc.

Ce travail peut sembler colossal, mais, en réalité, une grande partie du travail sera réalisée par d'autres acteurs. Certaines tâches peuvent être reportées jusqu'à ce qu'un plus grand nombre d'agents soient recrutés (mais pas pour longtemps). Les organismes gouvernementaux, les consultants, et d'autres acteurs peuvent apporter leur aide.

Mais le processus ne s'arrête pas là. Vient ensuite le budget : combien tout cela coûtera-t-il ? En gros, combien de dépliants et à quel prix unitaire ? Combien de réunions et à quel coût la séance en moyenne ? Combien coûte un site web ? Combien d'agents faudra-t-il et quel sera leur coût ? Combien coûte la traduction de mille mots dans une autre langue locale, et combien de milliers de mots devront être traduits ?

Et la budgétisation n'est pas un art précis : il faut prévoir des plans d'urgence, la possibilité de demander plus de fonds (dans les limites du raisonnable), et des estimations approximatives.

Ce type de planification doit être effectué pour chaque étape du processus.

Un outil de gestion couramment utilisé pour établir des plans stratégiques et opérationnels est l'analyse des points forts, des points faibles, des opportunités et des menaces liées à chaque composante du processus. Il s'agit ici de faire tout simplement preuve de bon sens. L'idée est d'évaluer les tâches à accomplir, les ressources et les opportunités disponibles, et les difficultés auxquelles s'attendre. Le fait d'évoquer les points forts et les opportunités ainsi que les points faibles vise à encourager les organisations à ne pas ignorer ce dont elles disposent en termes de ressources et de circonstances, et à ne pas se focaliser uniquement sur les problèmes et les besoins, ce qui peut engendrer un pessimisme inutile et des dépenses excessives sur de nouvelles recrues et de nouvelles ressources. L'analyse des menaces ou défis potentiels aidera les gestionnaires à concevoir des solutions de rechange en cas de problèmes.

Si les gestionnaires ont peu ou aucune expérience de la planification stratégique, un animateur externe pourrait être utile. Toutefois, il ne faut pas croire que les mêmes techniques fonctionnent aussi bien pour la production d'une constitution que pour celle de trombones, ni même que la consultation publique sur les questions constitutionnelles peut appliquer les mêmes stratégies qu'une évaluation participative de la pauvreté. Un individu qui a de l'expérience en matière de planification peut s'avérer utile à l'élaboration d'un plan stratégique. Mais pour être utile, cet individu doit être conscient des caractéristiques particulières d'un processus d'élaboration constitutionnelle, y compris son caractère technique et sa sensibilité politique.

Le plan stratégique global ou ses parties pourraient être un document public destiné à inspirer confiance dans le processus et à expliquer la feuille de route du processus. Ce document est susceptible d'être publié sur un site officiel ou communiqué aux principales parties prenantes, telles que les bailleurs de fonds, les médias et la société civile. Cela s'est également fait à des degrés différents dans plusieurs pays, dont l'Afghanistan [2004] et le Kenya [2005].

2.3.3 Gestion financière

Les gestionnaires d'un processus mené dans un pays en conflit ou qui en sort – un pays où les institutions se sont effondrées et sont en voie de rétablissement – peuvent disposer de peu ou d'aucune procédures financières à suivre ni de fonds publics pour financer le processus. Parmi les défis potentiels, on citera :

- La mise en place d'un système de gestion financière interne à partir de zéro ;
- L'exigence des bailleurs de fonds internationaux pour qu'un acteur externe tel que le Programme des Nations Unies pour le développement assure la gestion financière du processus. Ceci peut le ralentir si les systèmes financiers sont lourds, comme, par exemple, les procédures bureaucratiques du PNUD applicables à l'administration financière du processus au Zimbabwe [processus en cours]. Cela peut également ralentir le processus si les gestionnaires financiers de l'organisation externe ne sont pas compétents et si les organes constituants n'ont aucun contrôle sur le personnel embauché ou congédié ;
- L'obtention de financements auprès de bailleurs de fonds internationaux qui peuvent ensuite exiger un certain type de gestion, un droit de regard ou un rôle consultatif tout en essayant de préserver l'appropriation du processus par les acteurs nationaux ;
- La gestion d'une multiplicité d'exigences complexes des bailleurs de fonds internationaux en matière de rapports et d'audits financiers ;
- La nécessité d'administrer des activités exposées à la corruption telles que la passation des marchés, la gestion des indemnités journalières, la paie, et tout autres activités similaires qui font intervenir les espèces parce qu'il n'existe pas de banques opérationnelles.

Dans les États où les institutions gouvernementales fonctionnent, la gestion financière obéit aux systèmes et procédures préexistants, et au moins une partie des fonds destinés au processus provient des contributions de l'État. Lorsque des systèmes financiers sont en place, les procédures gouvernementales existantes peuvent créer d'autres problèmes. On pensera, par exemple, à une dépendance à l'égard d'une bureaucratie lente, corrompue ou incompétente.

Si le gouvernement n'a aucune obligation légale de financer le processus, les acteurs gouvernementaux peuvent interrompre le financement dans la mesure où les modifications proposées constituent une menace pour ceux qui exercent un pouvoir sur les fonds.

Certains processus ont bénéficié de fonds publics et de l'appui financier des donateurs internationaux, et leurs gestionnaires ont dû faire face à la conjugaison de tous ces problèmes. Dans cette section, nous examinons les défis qui se posent dans divers contextes (les questions liées aux relations avec les bailleurs de fonds sont examinées dans la partie 2.3.12).

Budgétisation et chiffrage des coûts du processus

Avant de déterminer les coûts du processus, un plan stratégique a, en principe, été établi qui a examiné le niveau de financement disponible et a défini des objectifs réalistes, les tâches à accomplir, les institutions à associer et les ressources requises (voir la partie 2.3.2 sur la planification stratégique). L'étape suivante consiste à élaborer un budget détaillé qui identifie les rubriques et les coûts de chaque volet du processus – par exemple, les coûts d'établissement et de fonctionnement de chacune des institutions nécessaires et des procédures applicables, comme une commission constitutionnelle, une assemblée constituante et un référendum. Cela peut devenir compliqué, parce que la mise en place d'institutions ou de procédures peut dépendre d'une condition préalable précise. Par exemple, au Kenya, la loi disposait que si la conférence constitutionnelle ne parvenait pas à trancher une question qui divise, celle-ci le serait par référendum. Dans un pays où les institutions étatiques se sont effondrées, il peut n'y avoir aucun organisme chargé d'organiser les élections ni fonds publics pour les financer, or les gestionnaires doivent prévoir un budget pour un référendum éventuel.

Si le financement provient exclusivement des donateurs internationaux, un budget global peut être nécessaire et le processus d'approbation peut être mis en place par ces donateurs. Le processus s'apparente alors à ce qui se passe lorsqu'une organisation de la société civile établit le budget d'un projet et reçoit des fonds d'un bailleur de fonds. Il se peut que l'on soit amené à préparer des budgets supplémentaires lorsque de nouvelles composantes s'ajoutent au processus, comme, par exemple, la décision à un stade ultérieur d'organiser une consultation sur le projet de constitution. Le fait d'établir de bonnes relations fondées sur la confiance avec les bailleurs de fonds ou des représentants du gouvernement aidera à résoudre les dilemmes qui peuvent survenir dans la planification du processus et à faire débloquer les fonds à temps.

Le présent manuel a été conçu en partie comme un outil de planification pouvant aider à identifier les postes budgétaires liés aux éventuelles tâches, institutions, procédures et ressources humaines nécessaires. Le seul fait de passer en revue la table des matières aidera à établir un budget.

Conseils pratiques

- La tâche consistant à élaborer le budget doit être conduite par des gestionnaires financiers locaux expérimentés (dans la mesure du possible) et par un personnel qui comprend les défis et besoins particuliers liés au contexte. Les acteurs internationaux ayant l'expérience

voulue en matière de budgétisation d'un processus d'élaboration de constitution peuvent les épauler, mais ils ne devraient pas prendre en mains le processus, même si les bailleurs de fonds internationaux doivent approuver le budget ;

- Parmi les postes budgétaires qui sont généralement négligés on citera : les frais d'audit, le carburant pour les véhicules, les dépenses d'entretien et réparations, les dépenses courantes comme le loyer, l'électricité et les factures de gaz, la restauration, les services de nettoyage, les services de sécurité, les téléphones cellulaires et leurs coûts d'utilisation, l'hébergement, l'établissement de bureaux régionaux ou de district, la remise en état des bâtiments, le papier en grande quantité ainsi que les frais d'impression et de photocopie, les coûts de l'interprétation et de la traduction (surtout si l'organe constituant travaille dans plusieurs langues différentes), le travail de conception graphique, les salaires ou les indemnités journalières si nécessaire pour les futurs membres des organes constituants, les frais de transport (du personnel, des membres de l'organe constituant et, éventuellement, des citoyens se rendant à des réunions de consultation publique), les équipements et le personnel techniques nécessaires pour enregistrer, sécuriser et analyser les opinions de la population formulées dans le cadre d'un vaste processus de consultation publique, et les coûts de développement des compétences ou des ateliers visant à bien préparer les membres du personnel à assumer leurs responsabilités ;
- Il faudra décider si les membres des organes constituants doivent être rémunérés et à quelle hauteur, et si des moyens de transport et des indemnités de subsistance doivent leur être accordés. Il est raisonnable de dédommager ces personnes pour la perte de revenu associée au temps passé hors de leur profession. Toutefois, lorsque la rémunération est supérieure à ce qu'ils gagneraient autrement, ils peuvent être amenés à retarder délibérément le processus. La rémunération devrait être modeste et il convient de noter que pour les organes constituants plus importants – ceux réunis uniquement pour adopter la constitution – il se peut que les membres n'attendent aucune rémunération (bien qu'il faille cependant leur fournir des indemnités journalières et prendre en charge leur déplacement). La classe politique ou d'autres acteurs corrompus peuvent essayer de gonfler le budget afin d'octroyer des indemnités journalières substantielles comme moyen pour les partis politiques de pousser les acteurs clés à servir leurs intérêts ;
- Par souci de rentabilité et de promotion de l'appropriation nationale du processus, les demandes de fonds et de contributions en nature doivent être adressées non seulement aux bailleurs de fonds (de la communauté internationale), mais aussi aux organisations locales de la société civile, aux milieux d'affaires, aux médias (par exemple, un encart dans un journal pour le projet de constitution), etc. Certains processus ont bénéficié par le passé d'offres telles que le détachement de personnel et du temps d'antenne gratuit sur les radios ;
- De nombreux processus d'élaboration de constitutions ne sont financés que jusqu'à l'adoption de la constitution, or le processus ne s'arrête pas là. La plupart des coûts demeurent, notamment ceux associés au maintien de certains membres du personnel qui s'assureront que tous les documents officiels et les supports médias (tels que les photos et les vidéos) sont archivés correctement, que l'éducation civique et la sensibilisation se poursuivent afin que les citoyens prennent connaissance du contenu de la constitution, et

que les principaux responsables de l'État comprennent les exigences relatives à la mise en application de la constitution (voir la partie 2.7.2 sur la mise en application). Tout site web officiel créé dans le cadre du processus doit être maintenu pendant un certain temps au moins (car il peut servir à rendre la nouvelle constitution accessible et à en assurer une meilleure compréhension). Lorsque le site cesse d'être indispensable à ces fins, il devrait être archivé, de sorte que son contenu puisse être consulté par des chercheurs ultérieurement. Le site web pourrait aussi rester actif et être utilisé comme outil pour continuer à impliquer la population dans les questions constitutionnelles. Ces éléments devraient aussi être inscrits au budget.

Encadré 24. Avantages de la diversité dans le personnel

En Afghanistan [2004], le secrétariat de l'organe constituant a accordé la plus grande priorité à l'intégration des femmes aux postes de direction, à la parité et à une représentation équilibrée des ethnies au sein du personnel. Si le secrétariat n'avait pas embauché de femmes, il aurait été difficile de parler aux femmes leaders ou d'organiser des élections dans les régions où les femmes sont souvent autorisées à ne parler qu'aux hommes de leur famille. De même, le secrétariat a communiqué plus efficacement avec les groupes exclus parce que des membres de ces groupes ont été embauchés pour accomplir des tâches de sensibilisation. En revanche, en Irak [2005], le secrétariat du comité chargé d'élaborer la constitution a mis sur pied une cellule de sensibilisation chargée de gérer le processus de consultation publique. Les membres du personnel du comité étaient essentiellement des Arabes chiites, qui ont principalement utilisé les réseaux chiites pour recueillir les avis au sujet de la constitution. Beaucoup moins de Sunnites ou de Kurdes ont été consultés ou ont eu la possibilité de participer au processus.

Responsabilité financière

La lutte contre la corruption est un défi majeur. Dans les pays sortant d'un conflit, il se peut que les systèmes financiers soient inexistantes. Les politiques de passation des marchés ne sont pas toujours bien établies ou comprises, et lorsqu'il n'existe aucune banque, la mise en place d'un système de décaissement permettant de contrôler minutieusement toutes les transactions financières est une entreprise délicate. Si les fonds ont été dépensés sans que des pièces justificatives telles que les reçus ou coupons ne soient produites, cela peut déboucher sur des accusations de corruption, même si le problème relève simplement d'une mauvaise gestion financière. Les états exacts des transactions financières sont essentiels et doivent être passés en revue régulièrement. Toutes les pièces justificatives doivent être réunies et classées dans l'ordre dans lequel elles ont été reçues et contre-vérifiées dans les livres de comptes.

Dans les situations où les fonds sont contrôlés par une bureaucratie corrompue, les gestionnaires pourraient devoir adopter des méthodes spéciales de contrôle afin d'éviter les problèmes. Le moindre abus des fonds publics ou des ressources des donateurs peut avoir des conséquences graves. En Ouganda en 1992, un bailleur de fonds a refusé de décaisser des fonds cruciaux à cause de la corruption qui avait cours au Ministère des affaires

constitutionnelles. Le financement était toutefois destiné à la commission constitutionnelle, et la corruption a été décelée par ses gestionnaires financiers. Le blocage de ces fonds a retardé le processus de rédaction de la constitution et entaché la crédibilité du processus.

Pour assurer la responsabilité budgétaire, les dépenses doivent être vérifiées. Au Kenya, le président de la Commission de révision de la Constitution (2001-3) a invité le contrôle supérieur de l'État à réaliser un audit précoce, ce qui a permis le retour de fonds qui avaient été détournés par la corruption. Un code de conduite (voir l'annexe C.1) devrait fournir des conseils sans équivoque sur les pratiques considérées comme des actes de corruption.

2.3.4 Personnel

Embaucher ou détacher du personnel

Dans les sociétés divisées, le processus d'embauche ne doit pas faire d'exclus. Les personnes chargées d'élaborer la constitution, le personnel administratif et de gestion doivent tous être représentatifs de la nation. Ce dernier groupe représente souvent le visage public du processus, notamment lorsqu'il prend part aux initiatives d'éducation civique ou de consultation publique ou à la mise en place des bureaux extérieurs. En raison du rôle important et sensible que jouent les membres du personnel (notamment l'aide à la rédaction de la constitution), si un seul groupe ethnique ou autre domine les instances de gestion, des accusations de partialité peuvent être portées à l'encontre de l'ensemble du processus constitutionnel.

Les minorités, les femmes et les autres groupes devraient avoir des chances égales de gérer et administrer le processus. Des politiques et procédures relatives à l'égalité des chances, à l'égalité des sexes et à la diversité doivent être élaborées ou adoptées pour encadrer les pratiques en matière d'embauche et devraient être respectées dans le cadre du travail.

Tableau 6 : Types de postes pourvus dans un processus d'élaboration constitutionnelle

Postes à pourvoir	
Archivistes	Interprètes/traducteurs
Experts/formateurs en développement des capacités	Rédacteurs juridiques
Personnel de restauration	Chercheurs juridiques
Enseignants de l'éducation civique	Agents de logistique et d'approvisionnement
Agents chargés de la saisie de données	Gestionnaires
Chauffeurs	Spécialistes des médias
Spécialistes des questions électorales	Photographes
Sociologues	Experts en consultation/délibérations publiques
Graphistes	Personnel de secrétariat, dont les transcripteurs
Collecteurs de fonds	Responsables et agents de sécurité
Personnel chargé de l'information	Spécialistes/bibliothécaires
Experts en technologies de l'information	Traducteurs
Conseillers/mentors étrangers	Vidéographes
Gestionnaires financiers	Concepteurs de sites web

Encadré 25. Exemples de détachement de personnel : Timor-Leste [2002]

Au Timor-Leste, un groupe de médias a prêté un expert en relations avec les médias pour apporter son aide à l'organisation de conférences de presse et à la communication quotidienne avec la presse. The Asia Foundation a embauché et géré des traducteurs et des interprètes pour aider le secrétariat qui était chargé d'administrer le processus (le secrétariat n'avait pas prévu ces postes et ne disposait pas de fonds pour les financer).

Il faut également examiner avec attention la question de savoir si les fonctionnaires peuvent faire partie des effectifs. Les fonctionnaires peuvent prendre le parti du gouvernement ou se laisser trop facilement influencer par ce dernier parce qu'ils en sont tributaires pour leurs salaires. Les parlements ont besoin d'un soutien considérable sous la forme de services de secrétariat et d'administration, y compris dans les domaines de la passation des marchés, la rédaction, la recherche, la tenue des dossiers, la gestion des bâtiments et la sécurité. Ces mêmes compétences utiles sont souvent nécessaires pour appuyer l'organe constituant. Cependant, en Afrique du Sud [1996], les anciens employés du parlement qui avaient travaillé sous le régime de l'apartheid furent confrontés à la méfiance des autres membres du personnel et des rédacteurs de la constitution.

Un panel d'embauche inclusif peut interroger les candidats potentiels avec moins de parti pris. Il devrait y avoir des règles strictes contre le népotisme. Dans de nombreux pays, tout individu chargé de mettre sur pied un organe constituant ou un processus d'élaboration de constitution ou de quelque nature que ce soit doit s'attendre à être submergé de demandes d'emploi ou de marchés au profit de parents, d'amis, de proches de personnes influentes, etc. Ces personnes doivent donc être choisies notamment sur la base de leur capacité à résister à de telles pressions, et devraient insister pour que des procédures appropriées soient appliquées dès le départ, faute de quoi la réputation, l'intégrité et la légitimité du processus pourraient être compromises. Il est déjà arrivé que le directeur d'un secrétariat embauche son jeune cousin inexpérimenté comme adjoint. La piètre exécution des nombreuses tâches qui en a résulté a poussé les bailleurs de fonds à menacer de suspendre les fonds.

Toutes ces considérations soulignent l'importance de la planification précoce du processus d'embauche et de la mise en place de lignes directrices et de procédures, en particulier pour un processus qui fait appel à un large éventail d'effectifs.

Les types et le nombre d'agents dépendront à la fois de la disponibilité des fonds et du nombre de tâches spécialisées à accomplir. La direction devra déterminer les qualifications, les conditions d'embauche et les niveaux de chaque poste.

Dans des situations postérieures au conflit en particulier, une grande proportion de professionnels qualifiés se trouve à l'extérieur du pays. Faire revenir des membres de la diaspora pour soutenir le processus peut aider à mettre en place les compétences voulues. Pour autant, la dépendance excessive à l'égard des rapatriés peut créer des tensions, les

populations qui sont restées pendant le conflit pouvant ne pas apprécier le retour des membres de la diaspora pour occuper des postes importants juste au moment où le pays renoue avec la paix.

Certains ont fait appel à des « chasseurs de têtes » professionnels pour trouver du personnel ayant les compétences recherchées. La société civile, les milieux universitaires, les médias et le secteur privé ont également prêté du personnel à l'appui du processus et des fonctionnaires ont été envoyés en détachement.

Employés, personnel en détachement et consultants

Tout processus officiel devra probablement fonctionner dans le cadre des procédures nationales existantes pour ce qui est du recrutement et des conditions d'emploi. Dans de nombreux systèmes, on comptera trois catégories de personnel.

Un employé est une personne qui est sous contrat de travail pour l'organisme concerné, qui reçoit un salaire, généralement d'un certain montant, versé chaque semaine ou chaque mois. Cet employé aura probablement un contrat d'une durée déterminée, souvent avec la possibilité de résiliation anticipée par l'une des parties. Certains contrats prévoient le paiement de droits pour les employés embauchés pendant un certain laps de temps. Dans le cas d'un organisme à courte durée de vie, ces prestations peuvent revêtir la forme d'une somme forfaitaire plutôt que d'une pension.

Un agent peut être mis en détachement, le plus souvent en provenance d'un autre organisme public. Cette personne continuera probablement à percevoir le même salaire et autres prestations que son emploi habituel, bien que dans certains cas elle puisse percevoir un traitement supplémentaire pendant la période de détachement.

Un consultant est quelqu'un qui reçoit une somme forfaitaire pour faire un travail particulier, ou pour exécuter un certain volume de travail par jour, possiblement pour un nombre limité de jours sur une période donnée. Il est plus probable de recourir à un contrat de consultant pour un expert travaillant sur un projet spécifique, même si cet instrument est parfois utilisé pour des personnes qui effectuent des tâches moins spécifiques. Souvent, un consultant sera tenu d'effectuer une ou plusieurs tâches (rapports, projets, etc.) avant de prétendre à un paiement.

Au moment de décider de la formule d'embauche pertinente, l'organe constituant pourrait prendre en considération des facteurs tels que :

- Le membre du personnel sera-t-il considéré comme « employé » aux termes du code du travail national, ce qui implique notamment une responsabilité de l'organisme concerné pour les accidents qui pourraient survenir, voire une responsabilité pour les cas de violation de la loi dont il se rendrait coupable ?
- Certains types de contrats ont-ils des incidences financières sur les déplacements, l'assurance, la santé, le logement ?
- Un employé en détachement peut-il éventuellement se trouver dans une situation de conflit d'intérêts (par exemple, s'il travaille habituellement pour le parlement, peut-il avoir un intérêt à ce que l'on adopte certaines dispositions dans la constitution) ?

- Les relations entre employés, en particulier les ressentiments pouvant naître des différences marquées entre les personnes effectuant un travail similaire.

Responsabilité du personnel

Malheureusement, dans les pays où la corruption est un problème majeur (bien qu'il n'existe pratiquement pas de pays où elle ne constitue pas du tout un problème), le processus d'élaboration de constitution n'est pas épargné. Si la « corruption » signifie le fait de permettre que son intérêt personnel aille à l'encontre de ses responsabilités (c'est-à-dire hormis les interférences purement politiques), alors les exemples ci-après illustrent le problème :

- Faire entrave au travail (par exemple, en s'absentant ou en prolongeant inutilement le débat) afin de bénéficier davantage de traitements et indemnités ;
- Participer à des escroqueries liées à la passation des marchés, telles que l'émission de bons de commande pour des marchandises qui ne seront pas livrées (lors du processus d'élaboration de la constitution en Ouganda, cette forme de corruption était baptisée en anglais « air supply » (fourniture d'air), et on a compté au moins une escroquerie sophistiquée de cette nature qui a causé des problèmes majeurs pour la Commission constitutionnelle ougandaise lorsque cette dernière l'a découverte), ou pour des services qui ne sont pas fournis ou ne le sont que partiellement, ou des services dont le prix a été gonflé (le temps d'antenne en est un bon exemple, car il est difficile pour les auditeurs de vérifier combien de minutes du temps d'antenne acheté ont été utilisées) ;
- Employer, ou faciliter secrètement l'emploi d'un proche ou d'un partenaire ou de leurs entreprises (dans un cas, des commissaires employaient des membres de leur propre famille comme chauffeurs, en insistant pour qu'ils soient payés par leur truchement, empochant au passage une partie de cet argent) ;
- Accepter des pots de vin pour voter pour un certain parti ou candidat.

Comment ces problèmes peuvent-ils être gérés ? À part le fait d'insister sur la vérification des antécédents des potentiels employés avant leur recrutement ou leur nomination, on peut notamment envisager les solutions suivantes :

- Adopter et faire respecter un code de conduite (voir l'annexe C) ;
- Interdire aux personnes dont le travail consiste à rédiger une constitution de participer aux activités de gestion ayant trait à l'embauche ou à la passation de marchés ;
- Demander des audits officiels supplémentaires ;
- Insister pour que les procédures de passation des marchés existantes soient appliquées ;
- Recourir à un cabinet comptable privé pour contrôler certaines activités (comme la passation des marchés) ;
- Faire preuve de créativité pour vérifier si les biens et services ont été effectivement fournis (en insistant pour voir les rames de papier pour photocopie, en s'enquérant auprès des entreprises commerciales qui contrôlent les médias du nombre de publicités effectivement diffusées) ;
- Rester vigilant sur la question de l'achat de voix.

2.3.5 Développement des compétences

Dans un pays sortant d'un conflit, le développement des compétences peut être une vaste besogne et sera probablement onéreux. En effet, les institutions qui se chargent du développement des compétences et des connaissances utiles pour un processus d'élaboration constitutionnelle – telles que les parlements, les institutions académiques et les organisations de la société civile – auront souvent disparu. Dans ces cas, le développement des compétences et des connaissances nécessaires aux membres du personnel pour mener à bien leurs tâches est essentiel si l'on veut que les acteurs nationaux s'approprient et pilotent le processus. Cette tâche peut englober la formation à la planification, la rédaction de procès-verbaux de réunions, l'utilisation de l'Internet, l'éducation civique, l'administration et la gestion d'un processus ou l'organisation d'un référendum.

En principe, tous les membres du personnel devraient avoir une connaissance élémentaire de ce que sont une constitution et un processus d'élaboration de constitution. Plus les membres du personnel le comprennent, plus ils seront dévoués. Les membres du personnel qui sont en contact avec la population, ou qui participent à la production de la documentation, ou qui analysent les propositions soumises auront besoin d'en savoir plus. Différents niveaux de formation seront nécessaires pour différentes catégories de membres du personnel. La formation à la terminologie constitutionnelle sera essentielle pour les traducteurs et les interprètes.

Lorsque la communauté internationale a un intérêt, elle précipite souvent le processus et met à disposition des conseillers étrangers qui effectuent des tâches clés, telles que la rédaction de la constitution ou la conception des règles qui régissent le processus. Si cette démarche peut accélérer le processus, elle n'en demeure pas moins une entrave à la possibilité de renforcer les capacités pour accomplir d'autres tâches démocratiques. Plus délicat encore, elle peut faire que les citoyens ne s'approprient pas les résultats.

Prendre le temps de développer les compétences renforce les bases et la viabilité des autres institutions démocratiques qui voient le jour. Par exemple, en Afghanistan [2004], une grande partie du personnel du secrétariat qui a été formé aux fins du processus d'élaboration de la constitution a plus tard assuré la gestion et la dotation en personnel de l'organisme nouvellement créé (chargé de gérer les élections) et du secrétariat du parlement.

2.3.6 Conseillers étrangers

Nous employons le terme « conseiller étranger » au sens large pour désigner tout acteur international qui prête son soutien aux administrateurs, gestionnaires ou rédacteurs de constitution dans la planification et l'exécution de leurs tâches, indépendamment du fait que cet acteur fasse office de mentor, de conseiller technique, ou de conseiller sur les questions de fond relatives à la constitution.

Pourquoi a-t-on besoin de conseillers étrangers ? La préparation d'une constitution n'est pas un fait ordinaire. Dans certains pays, peu ou pas d'acteurs locaux peuvent prétendre

avoir participé à un processus d'élaboration de constitution ou en avoir été témoins ; les acteurs locaux peuvent avoir peu ou pas d'expérience en matière de gouvernance et les professionnels locaux peuvent avoir fui le conflit. Les conseillers étrangers jouent un rôle efficace de consultant et d'encadrement dans bon nombre de pays se trouvant dans cette situation. Ils aident leurs interlocuteurs à mener une large gamme de tâches, à commencer par le partage de leur expérience en matière constitutionnelle sur la façon de structurer le processus, le contenu de la constitution, la création de sites web, les systèmes de technologie de l'information et les systèmes financiers, l'appui à l'organisation d'assemblées élargies, la coordination de la sécurité, et l'observation des processus électoraux. Ici, nous nous limiterons essentiellement aux fonctions de conseiller autres que celles du spécialiste des questions constitutionnelles et de la rédaction de constitution, que nous classons dans la catégorie « experts » (adoptant ainsi une terminologie employée pour les personnes utilisées dans un certain nombre de processus). Nous examinons la question des « experts » (locaux et étrangers) dans la partie 3.4.1.

En principe, le conseiller étranger ne se contentera pas d'occuper un poste, mais il encadrera ses interlocuteurs et les aidera à développer leurs compétences pour s'acquitter de leurs tâches. Toutefois, le conseiller étranger doit, à cet effet, non seulement disposer de compétences en matière de transfert des connaissances, mais aussi bien cerner le contexte local (histoire, culture, etc.) – et ce n'est pas le cas de tous. En outre, pour que les conseillers étrangers s'acquittent avec succès de leur mission, ils devraient considérer le transfert de connaissances comme un échange, et ne devraient donc pas se borner à lire des livres et des journaux pour s'enquérir du contexte historique, politique et culturel dans lequel ils travaillent (beaucoup ne le font même pas). Ils doivent également solliciter l'aide de leurs collaborateurs nationaux dans un souci de mieux comprendre le contexte local et de le prendre en compte pour améliorer l'efficacité de leur travail.

Éviter les pièges courants du recours à des conseillers étrangers

Lorsque des conseillers étrangers sont associés au processus, une planification minutieuse est nécessaire pour éviter certains problèmes courants. Certains conseillers étrangers sont inexpérimentés, fournissent des conseils qui ne cadrent pas avec le contexte, récupèrent les emplois des nationaux sans développer les compétences de leurs interlocuteurs locaux, promeuvent les projets de leurs pays d'origine, ou défendent leurs propres intérêts. Dans cette section, nous proposons quelques conseils pratiques pour éviter ces écueils.

Avant d'embaucher ou d'accepter des conseillers ou des mentors étrangers, les gestionnaires doivent s'assurer que les connaissances et les compétences locales sont utilisées par les organes constituants locaux. Il est préférable de déterminer les besoins à travers le processus de planification stratégique et de solliciter les conseillers étrangers, le cas échéant, qui feront avancer le processus. Ces conseillers incluent les experts en analyse des opinions recueillies dans le cadre de consultations publiques tout comme les graphistes.

Certains pays n'attirent pas beaucoup l'attention de la communauté internationale et s'ils ont besoin de conseillers étrangers, ils doivent en faire la demande. Mais dans les processus

de pays importants, les ambassades ou les organisations internationales sont généralement enthousiastes à fournir des conseillers. Avant d'accepter toute aide, les personnes en charge d'élaborer la constitution doivent déterminer si le conseiller ou le mentor étranger sera considéré comme une intervention étrangère inacceptable dans le processus – en particulier par ses détracteurs. Dans certains pays, la communauté internationale est perçue comme étant à l'origine des conflits. Si le contexte est sensible, tous les conseillers étrangers (ou ceux d'un pays particulier) peuvent être récusés, ou d'autres mesures peuvent être prises, comme séparer les conseillers des membres des organes constituants voire leur faire répondre aux questions par Internet ou par téléphone.

Il se peut que l'organe constituant ne soit pas en mesure de sélectionner ses propres conseillers étrangers et de prévoir un budget à cet effet. Ces conseillers peuvent toutefois être fort onéreux. Les ambassades ou autres acteurs internationaux mettent parfois des conseillers à disposition à leurs propres frais. Dans ce cas, ceux chargés d'élaborer la constitution ou de gérer le processus devraient demander à voir les qualifications, les justificatifs de l'expérience et les références des conseillers proposés, ou proposer les leurs. Les gestionnaires devront faire preuve de diligence dans la recherche de bons conseillers. Pour donner un exemple concernant la catégorie d'experts (voir l'examen plus détaillé dans la partie 3.4.1), si on a besoin de conseils sur une question comme le fédéralisme, les pays occidentaux ont tendance à ne fournir que des conseillers occidentaux de pays tels que l'Australie, le Canada, l'Allemagne ou la Suisse, alors que des experts de l'Inde, de la Malaisie, du Nigeria, ou d'autres pays peuvent être plus indiqués ou plus qualifiés. Il devrait y avoir une période d'essai pour voir si le conseiller étranger est bien indiqué pour la tâche à accomplir et s'il s'adapte au contexte.

Pour s'assurer que gestionnaires et conseillers comprennent ce qui est attendu d'eux, le conseiller ou mentor étranger doit disposer d'informations claires sur les tâches, la durée de la période d'essai et de l'emploi, la structure hiérarchique, les exigences de confidentialité, etc. Si le conseiller est détaché d'une agence ou d'une organisation internationale, il faudra clairement déterminer qui sera son gestionnaire et à qui il rendra compte.

Il est essentiel que les conseillers étrangers comprennent le contexte aussi bien historique que culturel dans lequel ils travaillent, ainsi que les aspects de la culture qui peuvent influencer sur la vie et les relations professionnelles lorsque l'incompréhension et la sensibilité peuvent conduire à des malentendus et à des conflits sur le lieu de travail. Idéalement, les conseillers étrangers retenus devraient être des personnes qui ont déjà une connaissance approfondie du pays en question, ou qui ont travaillé dans des pays aux circonstances similaires. Si les seuls conseillers étrangers disponibles ne connaissent que peu ou pas le contexte local, ils doivent en être informés. Une documentation qui éclaire sur l'histoire, la politique et la culture du pays, ou tout moins une liste de documents à lire, leur devrait être constituée. S'il s'agit d'un groupe de conseillers étrangers, un séminaire d'information pourrait être organisé. Ni le pays hôte ni les conseillers ne devraient avoir le sentiment que cette démarche est inappropriée. L'ignorance ou la connaissance partisane tirée de conversations informelles avec les acteurs intéressés n'amélioreront pas la contribution des experts.

L'idéal serait que les conseillers étrangers répondent et rendent compte aux responsables nationaux du processus d'élaboration de constitution. Il devrait y avoir une obligation de confidentialité sur des questions sensibles et les conseillers étrangers devraient signer un contrat à cet effet. Il est arrivé qu'un conseiller constitutionnel apporte son assistance à un processus délicat et, de retour dans son institution universitaire, écrive un article divulguant des informations qui ont mis en péril le processus.

Il n'est pas toujours possible de trouver un conseiller ayant à la fois l'expertise et les connaissances linguistiques voulues. Le conseiller devrait bénéficier des services de traduction ou d'interprétation nécessaires (voir la partie 2.3.9) et de tout matériel voulu, comme un téléphone cellulaire, un ordinateur, un bureau, un moyen de transport et un logement.

Lorsque le processus d'appui s'est déroulé dans de bonnes conditions, les conseillers étrangers ont joué un rôle efficace dans de nombreux pays et ont contribué à l'accomplissement de diverses tâches. En général, les conseillers étrangers qui ont été efficaces :

- Avaient l'expérience requise dans un certain nombre de processus d'élaboration constitutionnelle ;
- Écoutaient attentivement, étaient humbles et restaient en retrait ;
- Connaissaient bien le contexte local ou avaient appris de ceux qui le connaissaient et avaient travaillé en étroite collaboration avec eux et les respectaient ;
- Ne conseillaient pas sur des questions ou des aspects du processus pour lesquels ils n'étaient pas qualifiés et aidaient à trouver des conseillers qualifiés en cas de besoin ;
- Soutenaient un programme géré et piloté par les acteurs nationaux sans chercher à s'approprier le processus ou à récolter les lauriers pour le travail officiel des rédacteurs de la constitution (comme l'a dit un Sud-Africain : « Si je devais recevoir un centime pour chaque acteur international qui prétend avoir écrit la Constitution de l'Afrique du Sud, je serais riche ») ;
- Ont préconisé le développement des compétences des acteurs nationaux plutôt que de constamment accomplir la tâche eux-mêmes ;
- Sont restés engagés dans le processus sur une longue période (même si parfois il est utile que des experts spécifiques interviennent pour une courte période pour fournir des avis sur une question ou un problème spécifique ou pour aider à accomplir une tâche discrète). Dans certains processus, des conseillers étrangers sont restés dans le pays ou y sont retournés régulièrement pour travailler en étroite collaboration pendant des années avec les rédacteurs de la constitution, les gestionnaires du processus et les membres du personnel devenus des agents de mise en œuvre.

2.3.7 Établir un dossier historique du processus

Les processus d'élaboration de constitutions sont rares et représentent souvent des moments décisifs dans l'histoire d'un pays. Il faut donc les documenter avec soin, par des photographies, des vidéographies et par l'archivage de tous les documents importants. Certains pays ont ouvert des musées nationaux consacrés à leur histoire constitutionnelle ou ont organisé des expositions dans ce sens où sont exposés les ébauches ainsi que les versions définitives des textes de leurs différentes constitutions. Ces efforts participent à

l'information et à la sensibilisation autour de la constitution, du rôle qu'elle remplit dans la société et de la manière dont elle a été élaborée.

Dans l'hypothèse où aucune décision n'a été prise sur la manière dont la mémoire du processus sera conservée et partagée avec les générations futures, il est néanmoins important, dès le début du processus, de le documenter. Dans plusieurs cas, on a même été jusqu'à embaucher des photographes, vidéographes et archivistes pour faire partie du personnel.

2.3.8 Conserver les archives

Pourquoi ?

Tout processus d'élaboration d'une constitution donne lieu à une quantité étonnante de mots : propositions des citoyens et d'autres acteurs, délibérations en commissions, comités et assemblées, les termes de la constitution eux-mêmes et ceux qui figurent dans les diverses moutures. Il faut prévoir avec soin de consigner ces mots (et décider quels sont ceux à éliminer ou, au contraire, à retenir). Les archives sont utiles pour plusieurs raisons :

- **Il est important de garder une trace des propositions orales et écrites** faites auprès des organes chargés d'élaborer la constitution car la contribution des citoyens serait vidée de son sens si elle n'est pas archivée pour être utilisée par la suite dans le processus. En outre, les gens veulent savoir si leurs propos ont été traités avec respect, même s'ils savent que tous les points de vue ne pourront pas être intégrés dans la version définitive du texte ;
- **Il est important d'enregistrer les délibérations des organes** chargés de l'élaboration de la constitution pour diverses raisons ; il est possible qu'à l'avenir les juristes et les tribunaux souhaitent s'y référer en cas de besoin pour des questions d'interprétation de la constitution d'une part et il est probable d'autre part que pendant le processus lui-même, des désaccords se manifestent sur les propos tenus, auquel cas il faudra pouvoir consulter les archives pour s'assurer de ce qui a été réellement dit ;
- **Il est important, pour des raisons évidentes, de garder des registres des décisions exactes qui ont été prises.** D'abord parce que ces décisions sont le socle même de la constitution mais aussi parce que dans le feu des discussions, sous réserve d'une main ferme dans la direction des débats et d'une prise de notes irréprochable, il sera difficile de rétablir ce qui a été décidé, d'autant que certaines personnes auront tout intérêt à déformer les décisions ;
- **Il est primordial de conserver de façon fiable le libellé du document final en cours d'élaboration** pour éviter qu'il ne se perde, voire qu'il ne soit falsifié ;

Ces points ont trait à l'intégrité du processus lui-même. En plus, comme l'élaboration de la constitution est un évènement national majeur, les historiens doivent pouvoir être en mesure d'étudier ses différentes étapes.

Dans de nombreux systèmes juridiques, il est permis de consulter les registres des organes législatifs afin d'orienter l'interprétation des textes. Cette référence aux sources est devenue monnaie courante depuis plusieurs années en particulier pour des questions d'interprétation de la constitution. Toutefois, les tribunaux n'autorisent ce recours aux archives que s'ils

relèvent du domaine public, considérant toute autre procédure comme injuste. Ainsi, les procès-verbaux des débats constitutionnels ont été publiés dans de nombreux cas. Un exemple cité plus haut est celui des rapports verbatim des débats de l'assemblée constituante pratiqués en Inde, pratique analogue aux rapports verbatim des débats parlementaires, connus sous le nom de « Hansard » dans les systèmes fondés sur la *common law*.

Les questions à prendre en compte

Pour assurer une bonne tenue des registres, il faut passer par certaines étapes :

- Acquérir l'équipement nécessaire et recruter le personnel préalablement qui sera chargé de l'enregistrement des propositions orales ;
- Établir à l'avance des systèmes de dépôt des propositions et d'autres documents ;
- Mettre en place un bon système d'analyse des propositions aux fins de leur communication aux instances de prise de décision (nous reviendrons en détail sur ce point dans la partie 2.2.4) ;
- Faire en sorte que chaque commission bénéficie de l'appui d'un personnel administratif y compris d'une personne qui a des connaissances sur le contenu du processus et qui puisse prendre des notes et rédiger les comptes rendus officiels des décisions ;
- Disposer du personnel et de l'équipement nécessaires à l'enregistrement des délibérations des organes de prise de décision et de leurs commissions, y compris la transcription des enregistrements et (dans l'idéal) leur publication. Il faudra décider si un enregistrement verbatim des réunions des comités est nécessaire mais toujours est-il qu'il faudra conserver un enregistrement complet des délibérations de l'assemblée constituante ou de ce qui en tient lieu, comme cela est habituellement le cas pour l'enregistrement des débats parlementaires ;
- Faire en sorte que des registres complets soient conservés après la conclusion du processus d'élaboration de constitution. Un exemplaire (ou les originaux, si possible, ce qui serait plus logique pour ce concept) devrait être déposé aux archives nationales. Néanmoins, si dans un pays donné, toute règle stipule que les registres conservés dans les archives ne tombent dans le domaine public qu'après un certain nombre d'années, il faudra faire exception à cette règle en ce qui concerne les archives relatives au processus d'élaboration constitutionnelle.

Différents facteurs à risque pour la bonne conservation des registres doivent être pris en considération. Ils peuvent être détruits par la vermine ou l'humidité dans le cas de registres sur support papier, pâlir dans le cas de photocopies ou encore être égarés. Il ne faut pas croire que les archives nationales soient à l'abri de ces risques (dans les années 1990, les archives nationales de Vanuatu ont été gravement endommagées par un typhon) et il faudra en conséquence prévoir plusieurs lieux de dépôt. Les technologies modernes présentent leurs propres problèmes, elles peuvent devenir obsolètes et les sites Internet cesser d'être mis à jour. Les bibliothèques universitaires sont moins efficaces qu'on le voudrait. Il semble que des documents déposés dans certaines bibliothèques universitaires aient disparu.

Ainsi, il est conseillé de garder plusieurs copies dans des lieux différents. Il pourrait même être utile de garder des copies des documents dans plusieurs pays différents.

Assurer la sécurité des documents liés au processus est important pendant le processus lui-même, compte tenu du risque que certaines questions sensibles soient mal comprises ou délibérément manipulées par les opposants au processus ou plus simplement par des personnes qui cherchent à faire avancer leur carrière politique en créant une controverse autour du processus. Il est arrivé dans un cas que très tôt dans le processus un conseiller étranger ait produit un projet de document destiné à l'usage exclusif du président du processus pour lui donner quelques idées concernant les structures à mettre en place. Toutefois, un membre de l'organe constituant a subtilisé le document, a ôté la page de garde sur laquelle figurait clairement l'objectif du document et l'a transmis à des personnes qui voulaient interrompre le processus pour des considérations politiques et qui l'ont utilisé pour tenter de discréditer tout le processus. Il est vrai que la transparence d'un processus est désirable en principe et devrait alléger les responsabilités de maintien de sécurité mais cet exemple prouve bien qu'à certains stades du processus, certains types de documents produits doivent rester confidentiels. Dans ce cas de figure, il faudra définir clairement quelles sont les personnes qui ont un droit d'accès à tout document confidentiel et des mesures appropriées devront être mises en place pour garantir que personne d'autre ne puisse y avoir accès.

Détails sur les archives et leur conservation

Comme nous l'avons mentionné plus haut, plusieurs pays ont envisagé de créer des archives spéciales – des musées en fait – relatives à l'élaboration de la constitution. Les rapports verbatim des débats de l'assemblée constituante de l'Inde ont été publiés et sont consultables en ligne à l'adresse suivante : <http://parliamentofindia.nic.in/ls/debates/debates.htm>.

Le moteur de recherche suivant est également fort utile :

<http://viveks.info/search-engine-for-constituent-assembly-debates-in-india>.

De nombreux processus de révision constitutionnelle se sont dotés de sites Internet sur lesquels on trouve parfois les archives complètes de ces processus. Toutefois, il faut souligner le caractère éphémère des sites Internet : rien ne garantit qu'ils seront conservés une fois le processus de révision achevé. Par ailleurs, à des fins juridiques, il pourrait se révéler difficile de convaincre les tribunaux d'admettre un document provenant d'un site Internet.

Il arrive parfois que le texte même de la constitution contienne des dispositions relatives à son interprétation qui auront des implications pour la tenue des archives. Ainsi, la constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée stipule que :

- (1) Les enregistrements officiels des débats, des votes et des délibérations –
 - (a) au sein de l'Assemblée pré-indépendance, concernant le rapport de la Commission de planification constitutionnelle ; et
 - (b) au sein de l'Assemblée constituante, concernant le projet de la présente Constitution, ainsi que les rapports et tout autre document établis ou soumis dans le cadre desdits débats, pourront servir de références dans le cas où se poseraient des questions d'interprétation ou d'application de toute disposition du Droit constitutionnel.

Une loi adoptée par le parlement indique les modalités d'utilisation de ces registres devant les tribunaux. Les enregistrements des débats de l'assemblée constituante ont été publiés à cette fin.

2.3.9 Services de traduction et d'interprétation

Dans les sociétés multiculturelles en particulier, la langue peut être perçue comme une question politique très sensible et représenter un obstacle logistique. Les débats constitutionnels exigent une clarté de communication entre tous les acteurs concernés. Il est arrivé que des tensions se soient manifestées lorsque des documents aussi importants que des projets de constitution avaient été rédigés dans la langue dominante du pays et que les minorités avaient dû attendre qu'ils soient traduits dans leur langue ou alors ils étaient mal traduits au point de devenir incompréhensibles. Il est également primordial d'assurer une bonne communication avec la population car le processus doit être mis à la portée de tous les membres de la société. Ceci exige une planification méthodique ainsi que des moyens importants, surtout quand plusieurs langues, parfois même des douzaines, sont parlées. Enfin, il faut mentionner que pour pouvoir communiquer avec les conseillers ou les donateurs étrangers, il faudra faire appel à d'autres traducteurs et interprètes.

Traduction à l'usage des nationaux

Dans certains pays, il est possible de trouver des personnes bénéficiant d'une longue expérience en matière de traduction. Il faut noter que certains conflits peuvent s'expliquer ou résulter du fait que certains pans de la population sont laissés pour compte. Au Népal, par exemple, le chauvinisme linguistique affiché par les castes dominantes était si ancré que le Mouvement populaire de 2006 a revendiqué l'égalité de droits pour tous, y compris des groupes linguistiques distincts, le symbole étant le droit pour les membres de l'assemblée constituante de prêter serment dans leur propre langue (une parmi la centaine qui existe dans le pays). Dans d'autres pays en revanche, les vieilles habitudes ont la vie dure. C'est ainsi qu'en Somalie, par exemple, ceux qui parlent la langue dominante, l'af-maxaa tiri, soutiennent que l'af-maay (classé en Somalie comme une version du somali) est un dialecte du Somali, or les deux langues sont mutuellement inintelligibles. Les locuteurs du af-maay se sont toujours sentis exclus, d'autant plus que l'orthographe officielle du somali se fonde sur l'af-maxaa tiri.

La traduction prend du temps, elle est coûteuse, elle exige du bon sens et de la sensibilité. Il n'est pas possible de traduire les documents dans de nombreuses langues et dans certaines communautés linguistiques, il est difficile de trouver des personnes qui savent lire et écrire. S'il est vrai que le texte exact de la constitution devrait être disponible dans les langues les plus parlées, peu de personnes prendront la peine de lire l'intégralité du document et il serait possible de se contenter de résumer ses grandes lignes dans d'autres langues sous la forme de brochures.

Tous les problèmes de traduction à partir de langues étrangères qui sont énumérés ci-après seront exacerbés lorsqu'il faudra traduire dans des langues qui, tout comme les populations qui les parlent, ont été négligées par le passé, avec pour résultat que les termes

constitutionnels n'ont pas été formulés dans ces langues. Dans ce cas, faut-il inventer des néologismes ou donner aux mots existants un nouveau sens ? Même si à long terme cette démarche est la bonne, elle n'est pas une solution immédiate dans le cadre d'un exercice de consultation populaire, ce qui explique pourquoi il faudra avoir recours à une traduction, auquel cas il serait plus approprié d'insérer une explication plutôt qu'utiliser un terme obscur ou inventé de toutes pièces.

Traduction à l'usage des étrangers et traduction de la documentation étrangère à l'usage des nationaux

Il arrive, malheureusement, que dans certains processus, aucun étranger de l'équipe de conseillers ne maîtrise les termes constitutionnels et politiques nécessaires dans une langue locale donnée et inversement aucun membre du personnel local ne manie facilement la ou les langues étrangères. Ainsi, il sera impossible de vérifier la qualité des traductions qui parfois peuvent être véritablement incompréhensibles.

Très souvent la question de la traduction n'est pas prise en considération en amont. Il faudra alors trouver rapidement des traducteurs qui ne seront pas forcément à la hauteur de la tâche. S'il est vrai que l'interprétation simultanée est reconnue par beaucoup de personnes comme étant une activité exigeant des compétences pointues, ce n'est pas toujours le cas de la traduction de documents techniques qui pourtant requiert aussi un niveau de compétences élevé, quoique différent. Dans le cas d'un processus, une organisation internationale avait recruté comme traducteur un jeune homme qui travaillait dans un bar. Son niveau d'anglais était certes excellent mais ses connaissances en droit constitutionnel étaient inexistantes.

Encadré 26. Traduire le langage constitutionnel

Le terme « assemblée » a deux sens très différents. Dans l'acception la plus courante du terme, il renvoie à une assemblée constituante, dans son acception plus rare il renvoie à une pratique constitutionnelle établie.

On entend habituellement par « représentation proportionnelle » un système électoral par lequel le nombre de voix recueillies par chaque parti politique se traduit par un nombre de sièges correspondant au Parlement. Cette notion est maintenant utilisée au Népal pour faire référence aux représentants d'une ethnie, d'une religion, d'une communauté ou d'une caste siégeant dans un organe.

On entend par « fédéralisme » un système de gouvernement par lequel le pouvoir de légiférer et d'administrer des lois, de collecter l'impôt et ainsi de suite est réparti entre le gouvernement central et les autorités au niveau inférieur, certains puristes n'employant ce terme que pour désigner un système comme celui des États-Unis, où des entités préexistantes se sont regroupées pour former un nouvel État.

Le mot « pénitencier » (penitentiary) signifie « prison » aux États-Unis mais il n'est pas utilisé dans les autres juridictions anglophones, puisse-t-il encore être compris.

Au Timor-Leste, ce n'est qu'au moment où l'assemblée constituante a tenu sa première séance et qu'il est devenu évident que les membres les plus jeunes n'arrivaient pas à suivre les débats en portugais que le secrétariat s'est rendu compte qu'il fallait des interprètes. On en a trouvé mais certains d'entre eux n'avaient pas une bonne formation et les problèmes de mauvaise communication entre les membres ont persisté pendant toute la durée du processus.

Le langage des constitutions n'est pas seulement technique, il est en outre propre au contexte de chaque pays. Quel que soit le pays, la signification d'un arbre à cames est la même. Cela n'est pas le cas du langage juridique. De plus, les termes constitutionnels ont des connotations politiques. Une personne qui a des notions constitutionnelles en anglais et quelques connaissances du français et du latin sera probablement en mesure de traduire un texte à partir de l'espagnol ou du portugais vers l'anglais avec l'aide d'un dictionnaire et d'un programme de traduction en ligne mais elle ne saura sans doute pas ce que représentent les termes utilisés pour un juriste espagnol ou portugais. Il ne s'agit en effet pas simplement de traduire mais aussi de saisir la signification des mots employés sur le plan constitutionnel, ce qui prouve bien qu'il faut utiliser les termes à bon escient, quelle que soit la langue. Voilà qui renvoie à la nécessité pour les experts étrangers de bien se préparer et d'être bien informés. Seul un dictionnaire spécialisé contiendra de nombreux mots et expressions dont ils auront besoin. En effet, il est peu probable qu'un dictionnaire bilingue comprenne des expressions telles que « système parlementaire » ou « représentation proportionnelle » parce qu'au-delà de mots, il s'agit de notions.

Certains concepts n'ont pas d'équivalents exacts dans d'autres langues. Au Népal, le mot « démocratie » a été traduit de deux manières différentes, chacune ayant des sous-entendus politiques. En somali, il semblerait que le mot « démocratie » soit perçu comme un terme étranger et il n'existe pas de véritable mot pour « fédéralisme » ; le mot qui s'en approche le plus vient de l'arabe.

Conseils pratiques

Tant les acteurs locaux qu'internationaux doivent déterminer le plus tôt possible si la traduction va constituer un problème. Quelques-unes des stratégies énumérées ci-dessous pourront être utiles mais il faut souligner ici que la traduction fait appel à des compétences techniques, tout comme le travail de rédaction d'une constitution et qu'elle ne doit pas être confiée à des amateurs. La première stratégie consiste donc à trouver des personnes disposant des compétences et des connaissances nécessaires. Il s'agit ensuite de :

- Recruter un groupe de bons traducteurs, les former aux notions et au langage qu'ils devront utiliser, ce qui nécessitera sans doute une courte formation en matière constitutionnelle. Il est important de souligner qu'un cours de traduction constitutionnelle et politique bien organisé est une contribution utile au développement futur du pays ;
- Trouver aussi tôt que possible un bon dictionnaire bilingue qui a trait au registre de vocabulaire susceptible d'être utilisé ;
- Préparer un glossaire des termes dans les langues locales et dans les langues étrangères concernées. Il ne s'agit pas d'une simple liste de mots mais d'explications relatives à

leur utilisation, du moins dans les langues étrangères. Il est important de s'attaquer aux problèmes que posent les mots pour lesquels il n'existe pas de traduction et de convenir de la manière dont ils seront traités. Ceci peut comporter des risques ; un auteur a fait observer que le terme anglais « Lord Chancellor » (Grand Chancelier d'Angleterre) a été traduit en turc par le terme « Lordlar Kamarası Baskanı » qui veut dire « Chef de la Chambre des Lords » (Anthroscap, s.d.) or ce terme « The Lord Chancellor » existe toujours en anglais mais il n'a plus ce sens-là !

- Former les traducteurs et les interprètes à l'utilisation du glossaire et les encourager à s'en servir ;
- Insister sur l'importance de toujours utiliser les mêmes termes pour couvrir les mêmes concepts et sur le fait qu'il faut résister à toute tentation de sacrifier la précision à l'élégance. Résister aussi à l'envie d'utiliser des termes « politiquement corrects » si ces derniers ne figurent pas dans l'original, par exemple, il n'est pas correct de traduire « sexe » par « genre » uniquement parce que « genre » est le terme privilégié par les Nations Unies. Ceci est d'autant plus pertinent que la rédaction d'un texte juridique n'est pas analogue à la rédaction d'une analyse politique ;
- Obtenir une version bilingue de la constitution existante ou de la version la plus récente surtout si elle est considérée par les professionnels comme étant une bonne traduction et insister auprès des traducteurs pour qu'ils la consultent lorsqu'ils auront à traduire un nouveau projet de texte ;
- Essayer de convaincre les traducteurs de ne pas avoir recours à des mots dont l'usage est tombé en désuétude dans d'autres langues ; aujourd'hui, les rédacteurs de lois en anglais n'utilisent plus le mot « shall » pour exprimer l'obligation (mot qui de nos jours pour les non-initiés du droit est simplement le verbe « être » conjugué au futur) mais utilisent plutôt le terme « must » ou un autre verbe qui exprime l'obligation. Toutefois, dans la traduction dans les langues locales, il ne faudrait pas que les acteurs internationaux cherchent à « améliorer » les usages locaux des termes même si l'on peut essayer d'indiquer qu'il existe peut-être des alternatives ;
- Assurer une bonne coopération entre les organisations pour éviter d'avoir plusieurs traductions de chaque nouveau document ;
- Exposer le problème aux experts étrangers et insister auprès d'eux pour qu'ils n'utilisent pas de mots au sens obscur dans leurs communications orales et dans leurs documents écrits – à quoi bon si ces mots, une fois traduits sont dénués de sens ;
- Demander aux intervenants qui vont parler une langue étrangère de discuter à l'avance avec les interprètes des thèmes qu'ils vont aborder afin de permettre à ces derniers de poser des questions de compréhension et d'être alertés d'éventuelles difficultés ;
- Dissuader les experts étrangers de faire traduire des écrits complexes, qui ferait perdre un temps précieux aux traducteurs pour produire des textes peu susceptibles d'être lus ;
- Envisager le recours à une agence commerciale de traduction. En Irak, par exemple, des documents ont été envoyés à des agences se trouvant dans d'autres fuseaux horaires, ce

qui a permis d'obtenir des traductions de documents relativement courts en un temps record. L'inconvénient de cette méthode est qu'elle contourne les professionnels locaux et ne contribue pas au développement de leurs compétences, sans mentionner l'éventuel problème de contrôle de la qualité.

2.3.10 Sécurité

De nos jours, nombreux sont les conflits qui finissent dans l'impasse ; le processus constitutionnel doit faire l'objet de négociations entre les anciennes factions belligérantes et pourra être menacé par des éléments perturbateurs qui décideront de se tenir à l'écart du processus. Ceux qui gèrent le processus auront parfois à faire face à la possibilité réelle de le voir perturbé par des actes de violence. En Irak et en Somalie, par exemple, des commissaires chargés de la révision de la constitution ont été assassinés et en Afghanistan des roquettes ont été lancées contre la tente où siégeait la Loya Jirga. Il faudra prévoir des mesures de sécurité adaptées au contexte national et les communiquer à tous ceux qui sont chargés d'élaborer la constitution, aux membres du personnel et à toutes les parties prenantes au processus pour qu'ils sachent quoi faire dans l'hypothèse où un intrus armé entrerait dans la salle de réunion ou en cas d'agression contre leurs véhicules.

Il est indispensable d'assurer la sécurité de tous, garantie d'un processus participatif qui protège les droits à la liberté d'expression et de réunion et à la sûreté personnelle. Au Zimbabwe [processus en cours], des personnes qui participaient à une consultation publique ont été battues et même arrêtées pour avoir voulu observer le processus. Les gestionnaires auront à décider du niveau de sécurité à assurer pour protéger le processus. Dans les situations de sortie de crise en particulier, il n'est pas toujours conseillé de faire confiance aux forces de l'ordre officielles auquel cas il vaudrait mieux faire appel aux sociétés privées (internationales parfois même s'il est vrai que leur conduite n'a pas toujours été exemplaire). S'il s'avère que les options locales sont limitées alors la communauté internationale peut être amenée à s'impliquer. Lorsque l'insécurité règne, il faudra veiller tout particulièrement à la sécurité des personnes chargées de l'élaboration de la constitution et d'autres parties prenantes. Pour éviter tout risque, il sera important de choisir avec soin les lieux où elles se retrouveront pour faire leur travail constitutionnel, pour délibérer et procéder aux consultations publiques. Quand la situation est très instable, il faudra peut-être décider de limiter la consultation publique et les déplacements.

La question de la sécurité a été abordée de diverses manières. En Érythrée, ceux qui étaient chargés du processus sont allés directement voir les chefs militaires pour négocier la sécurité de toutes les étapes du processus. En Albanie, la police locale et la gendarmerie ont réussi à contenir les menaces de violence. En Afghanistan [2004], les militaires ont contrôlé tous les véhicules entrant dans le périmètre du bâtiment où se déroulaient les travaux, pratique devenue courante dans le monde entier depuis les attaques du 11 septembre 2001. Les gestionnaires du processus doivent communiquer clairement leurs besoins en termes de sécurité aux institutions responsables et conclure avec elles un accord écrit dans lequel

seront consignés ces besoins ainsi que le nombre d'agents qui devront être présents à chaque évènement et ce qui est attendu d'eux.

Pour régler le problème de la sécurité, il faudra rechercher des solutions très ingénieuses si la police ou l'armée a commis des violations des droits humains, si elle fait preuve de partialité en défendant des intérêts particuliers ou si elle est perçue comme n'ayant pas reçu une formation adéquate. Il est arrivé dans certaines situations que la police ou d'autres agents aient entravé la consultation publique. Au Kenya [2005], la police a été priée de se tenir à l'écart des réunions de consultation publique car la population craignait de s'exprimer ouvertement en sa présence. Parfois, il est plus indiqué de faire appel à des entreprises de sécurité privées plutôt qu'à la police, soit en raison des insuffisances de cette dernière ou des soupçons nourris à l'égard de sa loyauté.

Dans le passé, la communauté internationale a apporté son aide pour assurer la sécurité. Ces interventions vont de l'envoi par les Nations Unies de soldats de la paix ou d'autres forces pour assurer la sécurité des personnes réunies en un lieu dans le cadre d'un exercice d'élaboration constitutionnelle jusqu'à la communication de renseignements. Les acteurs internationaux qui ont pour tâche d'assurer la sécurité doivent travailler en étroite collaboration avec les acteurs nationaux pour éviter que le processus ne soit sapé.

Les équipes envoyées sur le terrain ainsi que les bureaux extérieurs auront besoin de systèmes de communication fiables pour être en contact avec leur base. Lorsque l'Organisation des Nations Unies est impliquée, elle évaluera la situation sécuritaire sur la base d'une échelle qui lui est propre et prendra les précautions correspondantes ; parfois les employés ou les consultants onusiens n'auront le droit de se déplacer qu'avec un véhicule des Nations Unies, dans d'autres cas ils n'auront pas le droit de se rendre dans certains endroits précis.

2.3.11 Les médias

On entend par « médias » la presse écrite, la radio et la télévision. Ce terme englobe aussi l'Internet et les services de messages courts de téléphonie mobile. Les médias doivent remplir deux tâches principales : informer et sensibiliser les citoyens sur le processus (voir des exemples dans le paragraphe 2.2.2) et jouer le rôle de vigie, à savoir mener des investigations pour évaluer la bonne conduite du processus (des conseils pratiques sur la manière dont ils peuvent remplir ces fonctions efficacement sont proposés à la partie 4.1). Ce faisant, des tensions peuvent surgir entre les personnes chargées d'élaborer la constitution et les médias.

D'une part, il n'est pas toujours possible de faire confiance à l'impartialité des médias dans leur récit des évènements. En effet dans de nombreux pays, ils sont entre les mains d'une force politique majeure comme l'État, un parti politique, un individu actif sur la scène politique ou un grand groupe d'intérêt économique. Ils vont donc couvrir les évènements dans le sens de leurs propres intérêts, faisant ainsi preuve de partialité, ou alors refuseront de publier des informations « défavorables » ou les censureront. Même dans les pays où il existe une diversité des médias, il arrive que les journalistes n'aient pas l'expérience voulue

et omettent de couvrir des questions importantes, qu'ils renseignent mal la population sur les questions ou le processus constitutionnels. Dans d'autres pays où les journalistes sont mal payés, ils demanderont une rémunération pour publier l'information. Dans d'autres cas, même bien formés et jouissant d'une longue expérience, ils pourront décider de ne pas couvrir des questions de fond car ils sont à la recherche de faits sensationnels.

D'autre part, les médias peuvent se sentir frustrés par le fait que ceux qui sont chargés d'élaborer la constitution ne leur donnent pas l'accès à l'information relative au processus et aux questions constitutionnelles en discussion. Il est arrivé que les médias se plaignent du processus parce que celui-ci avait été mené en secret. Les rédacteurs de la constitution n'ont pas fait de communiqués de presse ni organisé de conférences de presse, n'ont pas communiqué aux médias des informations claires et précises ni de lignes d'orientation concernant l'accès aux débats ou à l'information. Ces difficultés ont créé des tensions ayant pour conséquence que les médias ont couvert le processus de façon négative, entamant ainsi sa crédibilité.

Stratégie médiatique

En mettant en place une stratégie médiatique (par exemple, une stratégie visant à atteindre la population la plus large possible par le biais de la radio, de la télévision, des journaux, de l'Internet ou des médias sociaux) il est possible de réduire les tensions entre ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution et les médias et faire en sorte que ces derniers relaient l'information auprès de la population, la sensibilisent et encouragent sa participation au processus. Ci-dessous quelques éléments à inclure dans une stratégie médiatique :

- Identifier les médias clés, les bloggeurs, les réseaux sociaux comme Twitter et Facebook ou d'autres innovations médiatiques modernes qui peuvent être utilisés pour faire passer le message auprès de la population (voir l'encadré 22 sur la manière dont l'Islande utilise les médias à cette fin) ;
- Organiser des séances d'information régulières à destination des médias, bloggeurs, etc. ;
- Distribuer régulièrement des communiqués de presse clairs et précis ;
- Organiser des séances de formation destinées aux médias relativement aux grandes lignes du processus ;
- Recommander qu'un porte-parole approprié soit désigné et le former ;
- Recruter des personnes qui auront pour responsabilité d'assurer la coordination avec les médias et de leur communiquer l'information concernant les événements à venir ou les nouveaux développements ;
- Faire en sorte que les responsables du processus soient accessibles aux médias et qu'ils assistent aussi souvent que possible aux événements publics ;
- Publier régulièrement des communiqués de presse mettant l'accent sur les points méritant d'être publiés et résumant les faits essentiels ;

- Fournir aux journalistes une liste modèle de questions qu'ils pourront poser à leurs interlocuteurs, en particulier dans les pays où les médias ne sont pas encore bien développés ;
- Inviter les journalistes à assister aux réunions internes (en Afrique du Sud, les journalistes étaient les bienvenus à pratiquement toutes les réunions administratives et de gestion, ce qui a contribué à la transparence) ;
- Trouver des alternatives aux médias contrôlés par l'État (par exemple, en passant par des stations de radio émettant sur les ondes courtes) ;
- Définir des règles relatives à l'accès au processus par les médias.

Définir des règles relatives à l'accès par les médias

Garantir l'accès par les médias aux différents stades pertinents du processus permet de promouvoir la responsabilité, la transparence, le droit des citoyens à l'information et le droit des populations à participer à la vie politique. Il ne faut cependant pas oublier que l'accès des médias doit être bien géré. Il doit exister une présomption d'accès par les médias à moins qu'il n'existe de bonnes raisons de les exclure. Le degré d'accès possible à tout moment donné dépendra de toute une série d'aspects, du stade où se trouve le processus, de la nature des travaux menés à ce moment-là.

Normalement les médias devraient avoir accès aux délibérations et aux débats publics de l'organe constituant. Toutefois, il peut arriver qu'il vaille mieux tenir les délibérations à huis clos. Il serait avisé, par exemple, d'interdire le reportage télévisé à certains stades du processus quand il risque d'être détourné par les membres à des fins démagogiques et politiques personnelles, décourageant par-là toute recherche de consensus et de compromis.

Les règles relatives à l'accès par les médias doivent obéir aux normes internationales et à toute législation nationale définissant le type d'information auquel la population a droit de la part de ses institutions publiques.

Il serait utile de rencontrer les professionnels des grands médias pour leur expliquer les règles et avoir des échanges avec eux.

Dans le sens d'une plus grande ouverture, une petite brochure pourrait être préparée à leur intention dans laquelle seraient fournies des informations sur les points suivants :

- Le processus d'élaboration constitutionnelle et l'organe qui en est chargé ;
- Les horaires prévus pour les conférences de presse ;
- Où trouver les informations pertinentes (par exemple, l'adresse du site Internet officiel du processus) ;
- L'accès par les médias, et à quels stades du processus ;
- Comment, quand et où les journalistes peuvent être accrédités et obtenir une habilitation de sécurité, s'il y a lieu ; et
- Vers qui se tourner en cas de questions, de plaintes ou de demandes d'assistance concernant l'accès ou l'accréditation.

2.3.12 « Gérer » les relations avec la communauté internationale

Qui est la « communauté internationale » dans un processus d'élaboration constitutionnelle ?

Dans ce guide, l'expression « communauté internationale » est un terme collectif qui se réfère au large éventail de pays et d'acteurs internationaux susceptibles d'exercer une influence, directe ou indirecte, sur le processus d'élaboration de constitution. Il ne s'agit pas d'un groupe homogène représentant un seul point de vue ou défendant une seule politique. Il existe au moins six grandes catégories d'acteurs internationaux qui composent la communauté internationale dans toute situation de sortie de crise :

- Les organisations internationales, régionales et multilatérales telles que l'Organisation des Nations Unies, l'Union africaine, l'Union européenne, la Ligue des États arabes, le Forum du Pacifique Sud, qui pourront lancer et parfois même mener le processus d'élaboration constitutionnelle ou du moins lui donner la légitimité politique et l'autorité légale nécessaires à travers l'adoption de résolutions appuyant le processus. Il arrive qu'elles déploient des missions en appui au processus, qu'elles envoient des représentants spéciaux en guise d'assistance, ou qu'elles fournissent une aide financière ;
- Les agences internationales telles que celles des Nations Unies – le plus souvent le Programme des Nations Unies pour le développement, le Fonds de développement des Nations Unies pour la femme, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance, le Bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme ou les institutions financières internationales, proposeront leur expertise, leur assistance et peuvent aussi être bailleurs de fonds ;
- Certains pays peuvent à titre individuel s'intéresser directement au processus et décider de fournir une assistance ou des compétences diplomatiques, une assistance technique ou des ressources financières. Ces pays seront de la région ou d'ailleurs : en effet, l'Australie (à travers l'Agence australienne pour le développement international, AusAID), le Canada, les pays scandinaves, la Suisse, le Royaume-Uni (à travers le Département pour le développement international, DFID) et les États-Unis (à travers le Bureau des Initiatives pour la transition de l'Agence des États-Unis pour le développement international, USAID) remplissent très souvent ce rôle ;
- Les ONG internationales peuvent proposer une expertise et des ressources ou organiser des programmes de formation en matière d'élaboration de constitution ;
- Il arrive parfois que des organisations nationales d'un pays donné s'intéressent tout particulièrement aux affaires constitutionnelles d'un autre pays. Elles ont tendance à s'isoler des autres organisations internationales et peuvent être impénétrables. Il est apparu clairement que certaines églises des États-Unis finançaient le front d'opposition à la campagne menée au Kenya sur la constitution (surtout en raison de la question de l'avortement) ;

- Souvent, une institution internationale ou un gouvernement donné enverra à ses frais des conseillers qui toutefois ne les représentent pas directement. (Pour obtenir davantage d'informations sur les conseillers étrangers, lire la partie 2.3.6 et pour savoir quel est le rôle joué par les experts constitutionnels, catégorie spécialisée de conseillers étrangers, lire la partie 3.4.9).

Les intérêts et les rôles de la communauté internationale

Autrefois, les pays étaient toujours responsables de l'élaboration de leurs propres constitutions. On considérait que le droit n'avait pas de lien avec le développement, or c'est la question du développement qui intéresse les Nations Unies, les agences donatrices et les autres acteurs internationaux. Aujourd'hui, tout pays en développement qui souhaite élaborer ou revoir sa constitution va se trouver submergé par une foule d'agences d'aide onusiennes et d'ONG internationales souhaitant être impliquées dans le processus. Les pays subiront souvent des pressions pour accepter cette aide de la communauté internationale (par exemple, dans des pays en sortie de crise, les fonds affectés au processus d'élaboration de constitution sont limités, ce qui rendra les fonds de l'extérieur attractifs, et le manque d'expertise nationale incitera ces pays à accepter l'assistance offerte par les conseillers étrangers, comme nous l'avons vu dans la partie 2.3.6). Mais il faut savoir que le fait d'accepter ces fonds et experts de l'extérieur s'accompagnera souvent de pressions, la communauté internationale proposant ce type d'assistance en ayant ses propres intérêts à défendre ou de fastidieuses exigences en matière de gestion financière.

Différentes raisons peuvent pousser les acteurs internationaux à proposer leur appui au processus. Ils auront, par exemple, à cœur de promouvoir les droits, la démocratie, les normes internationales, de prévenir le terrorisme, d'améliorer la sécurité régionale ou nationale, de préserver ou d'étendre leurs intérêts commerciaux ou ceux qui sont liés aux ressources naturelles, de chercher à faire en sorte que le nouveau système de gouvernement ressemble au leur. Parfois, leurs intérêts iront dans le même sens que ceux des personnes chargées d'élaborer la constitution mais l'inverse peut se produire aussi. Un exemple : la communauté internationale voudra éviter que la nouvelle constitution d'un pays musulman fasse référence à la loi islamique car elle estime que cette dernière est incompatible avec les droits de l'homme.

La communauté internationale a exercé de fortes pressions sur de nombreux processus constitutionnels pour obtenir les résultats qu'elle souhaitait, tout particulièrement en Bosnie-Herzégovine et en Irak. Les Nations Unies ont rempli un rôle significatif, souvent avec le concours d'autres acteurs clés dans des pays tels que l'Afghanistan, le Cambodge, la Namibie ou le Timor-Leste. Ailleurs (comme au Pérou ou au Soudan), ce sont des associations régionales qui ont mené les négociations de paix et le processus constitutionnel. En Afghanistan et en Irak, les États-Unis ont pesé de tout leur poids sur le processus et sur le contenu des constitutions.

Certains acteurs internationaux insistent sur le fait qu'il faut donner les moyens à ceux qui sont chargés de l'élaboration de la constitution de concevoir et mettre en place leurs propres

processus, d'autres, au contraire, s'impliquent dans le processus simplement pour défendre leurs propres intérêts. Ce faisant, ils interviendront dans les négociations préliminaires portant sur la conception du processus, ils enverront des experts, de l'assistance technique ou des ressources financières, ils proposeront des incitations, ils exerceront des pressions politiques, feront du lobbying, contrôleront l'apport de ressources au processus ou iront même jusqu'à menacer d'avoir recours à une intervention militaire. Il faut garder à l'esprit que des acteurs internationaux comme les agences des Nations Unies ou des ONG internationales peuvent chercher à être impliquées dans le processus constitutionnel, mues davantage par leur intérêt personnel que par un véritable désir de soutenir le processus. Après tout elles doivent justifier leur existence, elles doivent sans cesse élaborer des projets aux fins de mobiliser des fonds et si elles considèrent que leur implication dans un processus « majeur » d'élaboration représente pour elles l'occasion d'obtenir un financement de leurs projets, elles hésiteront à accepter le fait qu'elles ne sont pas indispensables au processus ou qu'elles ne sont pas les mieux placées pour le soutenir.

La communauté internationale remplit d'autres fonctions importantes dans le processus d'élaboration constitutionnelle, lorsque, par exemple, elle privilégie la médiation à travers des moyens constitutionnels plutôt que le recours aux armes. Dans certains cas, elle va même réunir les conditions nécessaires à la poursuite du processus comme pour la Somalie où les Nations Unies ont fait en sorte que les personnes chargées d'élaborer la constitution se retrouvent à Djibouti dans un cadre sûr.

Les processus constitutionnels, surtout ceux qui sont liés à un processus de paix devant mettre fin à un grave conflit sont susceptibles d'attirer une forte implication des organisations régionales, des agences onusiennes, des ONG internationales, et des ambassades ; certaines soutenant le processus d'élaboration constitutionnelle, appuyant le processus de paix ou fournissant une assistance humanitaire ou une aide au développement, toutes voulant suivre de près la situation. Tous ces protagonistes auront besoin de personnel national sous une forme ou une autre et offriront des salaires plus élevés que ceux versés par les organisations locales comme l'organe constituant. Le résultat est qu'ils arriveront ainsi à attirer les acteurs nationaux les mieux qualifiés, parfois les personnes qui siégeaient dans ledit organe, érodant ainsi les capacités locales (et rendant l'organe constituant encore plus tributaire des experts étrangers). Il n'est pas aisé de résoudre ce type de problèmes mais il est possible de l'amoinrir quand les bailleurs peuvent être persuadés d'arrondir les salaires du personnel national et de rendre ainsi leurs conditions de travail plus attrayantes.

Le financement des donateurs pour le processus

L'ampleur du financement apporté par les donateurs au processus d'élaboration constitutionnelle varie énormément ; dans certaines situations, le financement se résumera à une somme modique offerte par un seul donateur aux fins d'appuyer une activité bien précise, dans d'autres, au contraire, le processus sera financé pratiquement dans son intégralité par un ou plusieurs bailleurs. Ce dernier scénario se présente surtout dans les cas où les acteurs internationaux ne sont pas tant les donateurs que les meneurs du processus de transition

politique (par exemple, au Cambodge [1993], en Bosnie-Herzégovine [1995], au Timor-Leste [2002], en Afghanistan [2004], en Irak [2005], et en Somalie [processus en cours]).

Il arrive encore qu'en raison de la disponibilité réduite de ressources nationales, le processus devienne en grande partie tributaire des bailleurs de fonds, même si le processus a été lancé et mené par les acteurs nationaux. Quand bien même les donateurs ne chercheraient pas nécessairement à défendre leurs propres intérêts politiques ou stratégiques, leur financement est habituellement assorti de conditions relatives à l'utilisation de mécanismes démocratiques et transparents, à des procédures de gestion et de communication de l'information financière, à la tenue de réunions régulières avec l'ambassade et peut-être à la présence dominante de conseillers étrangers envoyés par le pays donateur. Ce type d'arrangements peut susciter de profonds soupçons d'ingérence étrangère dans le pays hôte, même dans les situations plus habituelles où les fonds extérieurs ne viennent qu'en complément du financement national. Cette impression selon laquelle il y a ingérence est susceptible de saper tout sentiment d'appropriation par les acteurs nationaux et porter atteinte à la légitimité du processus voire à la constitution qui en découlera.

Pour contrer ces dangers, les personnes chargées de l'élaboration de la constitution pourraient faire régulièrement des déclarations aux médias sur le rôle des bailleurs, sur leur degré d'implication, sur les exigences en matière de reddition des comptes pour bien faire comprendre qu'il s'agit là d'aspects normaux de tout arrangement de financement par des donateurs et que ces derniers n'ont pas leur mot à dire sur le fond des débats constitutionnels ni sur les options de texte envisagées.

À l'inverse, il peut se produire des situations où les fonds extérieurs sont indispensables à la conduite du processus mais où les bailleurs hésitent à s'impliquer, soit parce que le gouvernement en question n'a pas fait preuve d'efficacité et de responsabilité dans ses dépenses publiques par le passé ou encore parce que les perspectives de rétablissement de la paix et de la sécurité semblent assez minces. Dans ces conditions, le processus d'élaboration de constitution pourrait être utilisé comme un nouveau départ, donnant l'occasion à ceux qui sont impliqués dans le processus de travailler étroitement avec les bailleurs éventuels pour les encourager à s'y intéresser et à comprendre les nouvelles perspectives qu'il offre.

D'autres problèmes sont susceptibles de surgir ; soit le processus dépend de l'aide de nombreux donateurs différents soit la communauté internationale s'intéresse tellement au processus que des pressions de toutes parts seront exercées pour faire accepter une assistance technique ou d'autres formes de soutien (ou les deux, comme c'est le cas au Népal [processus en cours]). Dans de telles circonstances, il est fort possible que l'aide proposée par les différents bailleurs se recoupe. Il sera alors extrêmement difficile et pénible pour les personnes chargées d'élaborer la constitution de gérer cette diversité d'offres et de conditions qui y sont liées, telles que les exigences en matière de reddition des comptes. Face à cette avalanche d'offres, les organes constituants seront peut-être tentés de les rejeter en bloc ou alors de faire semblant d'accepter les conseils ou d'autres formes d'assistance mais de n'en tenir aucun compte dans la réalité. Il serait plus judicieux, à travers le processus

de planification stratégique, de définir au préalable les besoins pour ensuite demander une assistance, évaluer avec soin les offres et rejeter (poliment mais fermement) celles qui ne sont pas utiles. Les membres du personnel qui devront traiter avec la communauté internationale doivent avoir une bonne connaissance et une expérience du travail avec les agences d'aide, les ambassades et les ONG internationales.

Il importe de résoudre ces difficultés en essayant de coordonner les relations avec les donateurs. Il faudra organiser des rencontres avec les plus importants d'entre eux à des fins de planification. En faisant cela à un stade précoce, dès le lancement du processus, il serait utile de présenter un avant-projet de plan stratégique et budgétaire aux bailleurs et de leur demander de se concerter entre eux puis de consulter les organes constituants et convenir avec eux des aspects du processus qui bénéficieront d'un soutien financier ou autre, ce qui permettra d'éviter les chevauchements inutiles et de créer un mécanisme unique pour gérer les relations avec l'ensemble des donateurs.

Encadré 27. Création d'un groupe de donateurs : Afghanistan [2004]

En Afghanistan, la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan a mis sur pied un groupe de donateurs. L'exercice d'élaboration de la constitution était certes considéré comme un tournant important dans le processus de transition politique, mais les donateurs étaient réticents à le financer car ils estimaient qu'il était mal planifié. Les contributions qu'ils avaient déjà faites auparavant à la tenue de la Loya Jirga d'urgence n'avaient pas été suffisamment justifiées à leurs yeux et ils s'attendaient à ce que des problèmes analogues se présentent dans le processus d'élaboration de la constitution. Par ailleurs, certains donateurs n'étaient pas conscients du rôle central joué par le processus d'élaboration de la constitution dans la transition politique ni de sa complexité ou de son coût. Il a fallu que des constitutionnalistes internationaux interviennent, avec l'autorisation des responsables du processus, auprès des donateurs pour encourager ces derniers à soutenir le processus.

La Mission d'assistance des Nations Unies, en partenariat avec le chef du secrétariat afghan, a ensuite convoqué tous les bailleurs pour leur expliquer en quoi le processus contribuait à la mise en œuvre de l'Accord de Bonn, leur exposer les détails du plan stratégique, du budget et pour leur faire comprendre comment les Nations Unies permettraient de garantir une bonne mise en œuvre et une reddition satisfaisante des comptes relatifs aux fonds des donateurs. Grâce à ces efforts, il a été possible de mobiliser le financement nécessaire. Toujours est-il que les États-Unis ont décidé de canaliser leur soutien directement vers le secrétariat afghan et de détacher un conseiller financier auprès du secrétariat pour établir, de concert avec l'homologue afghan, les systèmes financiers et satisfaire les exigences en matière de reddition de comptes.

Dans certains processus, des protocoles d'accord ont été élaborés entre un donateur et l'organe constituant en vue de définir les modalités d'assistance, les échéances ainsi que les devoirs et responsabilités de chaque partie. Si, par exemple, une organisation internationale accepte de prêter des véhicules, il faut indiquer clairement qui sera responsable de leur entretien et de l'achat du carburant, quand les véhicules seront livrés et quand ils seront renvoyés (s'il y a lieu). Grâce à ce type de protocole d'accord, les parties savent à quoi s'en tenir et peuvent se référer au texte en cas de problèmes ou de désaccords.

Il faut encourager les donateurs à contribuer au budget global et non à financer simplement les activités qu'ils auront choisies et qui leur paraissent être plus attrayantes, par exemple, les activités d'éducation civique ou de consultation publique, délaissant ainsi le financement d'autres éléments pourtant essentiels, tels que les factures d'eau et d'électricité, les ordinateurs, le loyer et ainsi de suite.

La plupart du temps, les donateurs ont une compréhension limitée du processus d'élaboration de la constitution, en particulier ses complexités, ses différentes étapes, les coûts de la participation des citoyens, sa contribution à la consolidation de la paix et à la transition. Ils ont tendance à mieux connaître les objectifs et les modalités liés aux élections, ce qui explique pourquoi ils se précipitent pour apporter un appui significatif au processus électoral qui à leurs yeux est au cœur de la transition ou de la consolidation de la démocratie. Il est, par conséquent, important que les responsables du processus d'élaboration de la constitution, les dirigeants politiques du pays et peut-être même les acteurs de la communauté internationale, amis du pays en question, expliquent aux représentants des pays donateurs quelle est l'importance du processus, sa contribution à la consolidation de la paix, sa planification et son coût.

2.3.13 Élaborer le règlement intérieur et les règles concernant la prise de décisions – qui et quand ?

La conduite globale du processus peut être prescrite dans la constitution existante, dans une loi ou encore dans un accord de paix mais il faudra aussi prévoir des règles détaillées relatives aux procédures que devront respecter les différents organes. Elles porteront principalement sur la participation des citoyens, la gestion (dont la gestion financière) et la prise de décisions.

Une assemblée constituante en particulier doit être dotée de règles, même un parlement normal aura besoin de règles spéciales dans le cadre d'une élaboration de la constitution qui se distingueront du règlement intérieur normal. Des organes plus restreints tels que les commissions constitutionnelles n'auront pas nécessairement besoin d'ensembles aussi complexes de règles, mais ils devront néanmoins se doter de certaines règles en matière de pouvoir de décision, de finances ou encore de quorum.

Il est fort probable qu'il faudra élaborer également des codes de conduite, pas forcément sous forme de « lois » au sens strict, à savoir que leur non-respect reviendrait à un délit, mais sous forme de règles de « bonne » conduite dont le non-respect par les membres de la commission ou par le personnel pourrait entraîner leur renvoi ou une action disciplinaire.

Les personnes qui participent activement au processus de réforme constitutionnelle n'auront sans doute pas beaucoup d'expérience dans ce domaine et devront pouvoir s'appuyer sur des règles univoques et détaillées afin d'éviter toute confusion.

Qui établit les règles ?

Dans l'hypothèse où le gouvernement et les différents groupes au pouvoir s'opposent au processus d'élaboration de constitution, il serait judicieux d'essayer d'insister pour que les organes chargés de l'exercice établissent leurs propres règles (dans les limites du raisonnable). Cependant toute règle liée à la probité financière, à la vérification des comptes, aux achats, etc. ne doit pas être moins sévère que celles qui s'appliquent aux organismes publics en place. En ce qui concerne un organe institué aux termes d'une loi en vigueur (commission d'enquête, par exemple) il existera sans doute des règles de procédure bien établies, même si ces dernières ne conviennent pas parfaitement à la tâche en question.

La tradition veut qu'une assemblée constituante ait le pouvoir de définir et d'adopter ses propres règles (c'est souvent monnaie courante au sein des parlements). D'ailleurs le droit d'adopter leurs propres règles a représenté une victoire pour les parlements qui souhaitaient ainsi se démarquer des monarchies. Le dilemme toutefois est qu'une véritable assemblée constituante démocratique (peut-être davantage démocratique que le parlement du pays en question) doive certes adopter ses propres règles, malgré le fait qu'elle est constituée de personnes dont l'expérience est limitée. La feuille de route de l'élaboration de la constitution pourrait établir les grandes lignes concernant les règles, mais ceci ne sera pas un gage de clarté ou de simplicité.

Adopter les règles est un long processus. En Bolivie, il a fallu cinq mois. Au Timor-Leste, où l'assemblée constituante disposait de quatre-vingt-dix jours pour adopter une constitution, les trois premières semaines ont été consacrées uniquement à l'adoption du règlement intérieur. Si les processus d'adoption de ces règles sont si longs (c'était le cas de la Bolivie), c'est souvent en raison de la question épineuse de savoir à quelle majorité les décisions doivent être prises ; l'adoption d'une constitution requiert-elle une majorité des deux tiers, des trois quarts ou une majorité simple ? Dans certains pays, dont le Népal, ce pourcentage est prescrit par la constitution en vigueur ou par le droit.

À supposer que l'assemblée constituante ait à adopter ses propres règles, elle mettra sans doute en place une commission car elle ne pourra pas raisonnablement s'attaquer à leur rédaction en assemblée plénière. Lorsque les partis politiques dominent le processus, ils voudront aussi dominer le comité de rédaction des règles et insister pour que les partis y soient représentés selon le système de représentation proportionnelle. Or, il faudrait si possible inclure dans le comité des représentants issus de tous les groupes du pays, et pas uniquement des avocats et des personnes qui ont une expérience parlementaire pour donner à tous les membres la possibilité de participer.

Dans de nombreux pays, il est admis qu'un organe créé en vertu d'une loi est habilité à établir des règles qui auront force de loi – connues sous le nom de « droit dérivé » ou de « législation subsidiaire » dans certains systèmes. Le comité directeur d'une assemblée constituante ou le

président d'une commission constitutionnelle a parfois ce pouvoir. Dans de nombreux pays, ces règles devront être soumises au parlement qui a le droit de les révoquer par une résolution.

Lorsque le processus est mis en place dans le cadre d'un accord de paix ou d'une table ronde, il est peu probable que le même organe prescrive des règles détaillées aux différents organes chargés du processus. Mais si le parlement conçoit le processus il en décidera aussi les règles.

Il va de soi que si un organe de prise de décision doit établir ses propres règles, cela signifie qu'il n'en existe pas, auquel cas, des règles provisoires devront intervenir jusqu'à l'adoption des règles définitives. Cela signifie aussi que les membres ne peuvent pas connaître les règles longtemps à l'avance. En Afghanistan, il semblerait que la communication tardive des règles pour la Loya Jirga d'urgence qui a adopté un système constitutionnel provisoire ait créé des difficultés.

Sources des règles

S'il s'agit d'un organe restreint, on pourra appliquer des règles s'inspirant de pratiques courantes pour les réunions – le rôle du président, comment demander la parole, temps de parole, quorums, procédures de vote, et ainsi de suite.

Encadré 28. Qui établit les règles ?

En Bolivie, en Inde et au Timor-Leste, l'assemblée constituante a adopté son propre règlement intérieur.

Au Kenya, conformément à la Loi relative à la réforme constitutionnelle du pays, le règlement pour la conférence constitutionnelle nationale a été établi par la commission qui a élaboré le projet de constitution et qui a servi de secrétariat à l'assemblée constituante.

Dans le processus réactivé du Kenya, le comité d'experts a adopté ses propres règles mais le quorum était prescrit par la loi, tout comme l'obligation d'œuvrer au consensus, faute de quoi la majorité des deux tiers devait s'appliquer.

Les règles financières, notamment en matière d'audit et d'achats, pourront se fonder sur celles qui sont en vigueur au sein des autres organismes publics, même si elles ne sont pas directement applicables.

Nombreux sont les organes chargés d'élaborer la constitution qui auront besoin de règles et de procédures spécifiques pour traiter de questions qui ne sont généralement pas abordées par les autres organismes publics comme celle de l'éducation civique.

Dans un organisme important comme une assemblée constituante, les membres qui ont l'habitude des procédures parlementaires estimeront tout naturellement que les règles s'inspirent des règlements parlementaires. (C'est ainsi qu'au Bangladesh, les règles ont été adoptées en deux jours.) Or, pour diverses raisons, cette méthode n'est pas appropriée car une

assemblée constituante se distingue d'un parlement ordinaire à de nombreux égards, comme nous l'indiquons au paragraphe 3.1.2. En effet, en règle générale, un organe constituant doit viser le consensus et les règles parlementaires ne se prêtent pas forcément à cette mission.

À quoi servent les règles ?

La finalité des règles financières et des procédures à suivre en matière d'éducation civique et ainsi de suite semble peut-être évidente, nous voulons toutefois nous attarder sur les objectifs des règles relatives aux débats et à la prise de décisions et nous demander à quoi elles servent. Elles permettent entre autres de :

- Dégager un consensus s'il y a lieu ;
- Prendre des décisions de manière ni trop hâtive ni trop longue ;
- Comprendre clairement ce qui a été décidé et pourquoi ;
- Prendre des décisions en toute connaissance de cause, sur la base d'une analyse des faits et d'un raisonnement ;
- Écarter toutes les questions sans importance ;
- Faire participer tous les membres ;
- Faire participer tous les groupes représentés au sein de l'assemblée ou du pays (ce qui peut se révéler fort délicat lorsque le pays est composé d'éléments disparates qui se regroupent – ce fut le cas en Inde quand le conseiller constitutionnel a examiné les procédures utilisées auparavant en Australie, au Canada et aux États-Unis pour garantir la participation des provinces ou des États selon le cas) ;
- Donner à tous les membres le sentiment qu'ils ont bénéficié d'une égalité des chances ;
- Préserver la dignité de l'institution ;
- Protéger la dignité des membres ;
- Entourer le processus de publicité s'il y a lieu ou, au contraire, maintenir le secret en cas de besoin ;
- Bien documenter les décisions et les processus ;
- Rendre possible la participation de l'extérieur si nécessaire ;
- Écarter les pressions inutiles.

2.3.14 Traiter les problèmes au cours du processus

La voie menant à l'élaboration d'une nouvelle constitution est souvent semée d'embûches. Il faut savoir qu'en réalité, seuls 50 pour cent des processus débouchent sur l'adoption d'une nouvelle constitution.

Il est possible d'examiner les problèmes qui se présentent sous différents angles en répondant aux questions suivantes : Pourquoi ? Comment ? Et (peut-être) quand ? Il faut tout de suite ajouter à ce propos qu'un « échec » n'est pas nécessairement synonyme de perte de temps et que dans certains cas le terme « échec » n'est pas adéquat pour décrire tout processus n'aboutissant pas à l'adoption d'une nouvelle constitution. En effet, il est possible de régler les problèmes qui divisent la nation par des moyens non-constitutionnels.

Pourquoi certains processus en arrivent-ils au point mort ?

Il existe plusieurs raisons à cela :

- Les agents de l'État ou d'autres personnes haut placées sont opposés à l'idée d'une nouvelle constitution ;
- Il s'est avéré impossible d'arriver à un accord sur les points controversés entre les parties ;
- Il s'est avéré impossible de produire un document acceptable aux yeux de la population ;
- Ceux qui participent au processus ont tellement intérêt à le prolonger qu'ils n'hésitent pas à le faire jusqu'à l'arrivée d'un nouveau gouvernement ou l'épuisement des fonds ;
- La guerre ou l'insurrection se déclare ou reprend ;
- Il est décidé que les objectifs poursuivis peuvent être atteints par d'autres moyens, comme un processus législatif ou un amendement graduel.

Ce dernier point est davantage une conséquence de « l'échec » qu'une de ses causes et résultera probablement des autres causes énumérées plus haut.

Comment les processus en arrivent-ils au point mort

Nous entendons par là les mécanismes ou les procédures susceptibles d'ébranler ou paralyser le processus d'élaboration constitutionnelle.

- Le texte soumis au référendum est rejeté (il peut s'agir de l'expression véritable de la volonté du peuple ou le résultat d'une manipulation politique, personnelle ou ethnique) ;
- La source de financement est tarie ;
- Les hommes politiques refusent de contribuer de manière constructive au processus ;
- D'autres facteurs (l'assemblée constituante est en même temps une assemblée législative, des querelles politiques, des guerres ou des catastrophes naturelles) retardent le processus au point que la patience de tous les acteurs est mise à rude épreuve, les échéances ne sont pas respectées, l'argent vient à manquer et ainsi de suite ;
- Ceux qui en ont le pouvoir décident de demander l'arrêt du processus en dissolvant une commission, par exemple ;
- La constitution provisoire est amendée et devient ainsi la constitution définitive ou du moins un document durable ;
- Ceux qui souhaitent poursuivre le processus sont écartés du pouvoir à la suite d'une élection ;
- Il y a un coup d'État qui aboutit au même résultat ;
- Les tribunaux sont instrumentalisés et déclarent que le processus est inadéquat ou que le projet de constitution ne remplit pas certaines normes ou exigences.

À quel moment les processus en arrivent-ils au point mort ?

Cela peut se produire à pratiquement n'importe quel stade du processus (les stades n'étant pas les mêmes selon le processus en question) :

- Au Pakistan, l'assemblée constituante ne s'est réunie que quelques fois et a adopté une résolution énonçant ses objectifs (1949) mais compte tenu de l'instabilité politique dans le

pays elle n'a pas réussi à faire grand-chose d'autre et elle a finalement été dissoute par le chef de l'État (1954) ;

- En Israël, l'assemblée constituante s'est transformée en parlement (Knesset) et elle a mis le projet d'élaboration de la constitution en veilleuse en raison de l'invasion du pays par les États arabes dans la foulée de la déclaration de l'État d'Israël. Par la suite, à travers l'adoption au fil des années de différentes lois, une forme de constitution a été créée ;
- Au Népal en 1951, l'assemblée constituante n'a jamais vu le jour ; la constitution provisoire a été amendée de telle sorte à devenir un texte qui suffisait à remplir les besoins en matière de conduite des affaires publiques et ce pendant huit ans, car le roi avait perdu la foi dans un processus d'élaboration de la constitution qui associait le peuple ;
- Au Kenya, dans un arrêt rendu immédiatement après l'adoption d'un projet de texte par la conférence constitutionnelle qui devait être soumis au parlement pour être promulgué ou rejeté dans son intégralité, un tribunal a décidé d'invalider le processus d'adoption du projet de constitution au prétexte qu'il fallait pour le moins organiser un référendum à cet effet. Le gouvernement a profité de l'occasion pour prendre l'affaire en main et amender le projet – toutefois, il n'a pas pu emporter l'adhésion du peuple lors du référendum organisé par la suite [2005] ;
- Dans plusieurs pays (par exemple, au Zimbabwe [2000]) un projet de constitution a été élaboré mais il a été rejeté lors du référendum ;
- Au Nigéria, en 1966, une conférence de « dirigeants éclairés » a été mise en place en vue de discuter l'idée d'une nouvelle constitution, tentative qui a échoué au bout de trois mois à cause de la menace puis de la déclaration de sécession d'une partie du pays, avec pour conséquence la guerre civile qui a duré 3 ans ;
- En Érythrée [1997], le projet de constitution a été achevé mais il devait, pour entrer en vigueur, être signé par le président (procédure prévue dans de nombreux pays). Ce dernier a longtemps traîné les pieds avant d'apposer finalement sa signature.

Nous constatons donc que dans certains cas, le processus a échoué du fait que peu de progrès avaient été accomplis tandis que dans d'autres un projet existait déjà et parfois la constitution même était prête à entrer en vigueur. Il n'est parfois pas possible d'éviter l'abandon du processus ; les différents exemples cités ci-dessus amèneront le lecteur à se demander comment prévenir ou remédier à ce genre de situation. Dans la partie 2.1.10, nous examinons brièvement comment redémarrer un processus qui est arrivé au point mort ou qui a échoué.

L'une des causes d'échec du processus d'élaboration de constitution la plus courante, à savoir l'incapacité de faire pleinement entrer en vigueur la constitution, dépasse le cadre du présent manuel. Cet échec peut s'expliquer par l'opposition systématique de la part du gouvernement à tout ce qui le dérange, comme ce fut le cas en Érythrée lorsque le président a mis beaucoup de temps à promulguer la constitution – retard qui selon certains serait dû à l'absence de date d'entrée en vigueur, tandis que d'autres estiment que ceci n'aurait rien changé.

Mais le plus souvent, le problème provient de la non-adoption de lois d'application qui sont théoriquement nécessaires à l'entrée en vigueur de la constitution. Ainsi en Papouasie-

Nouvelle-Guinée, la constitution adoptée en 1975 exigeait l'adoption d'une « loi organique sur l'intégrité des partis politiques », mais cette dernière n'a été adoptée qu'en 2001.

Dans la majorité des cas, la non-application de la constitution est le résultat de la corruption ou de l'incompétence des tribunaux et des parlements, d'un manque de moyens ou du fait que le peuple n'a pas recours aux dispositions d'application qui existent. Aucune constitution n'est auto-exécutoire, le peuple doit user judicieusement de son vote pour exprimer sa volonté et doit saisir les tribunaux pour déposer une plainte ou une pétition et refuser d'être complice de la subversion de la constitution.

Pour terminer, il faut mentionner un autre type d'échec : la constitution est adoptée, elle entre en vigueur pour être ensuite renversée par un coup, une guerre civile ou un autre événement catastrophique de ce genre. Dans ce cas, la constitution est mise au rebut, soit en étant suspendue ou abrogée ou totalement mise à l'écart au point de devenir inutile. En 1963, le Nigeria a amendé la constitution promulguée à son indépendance en 1960. Un coup d'État a été perpétré en 1966 suivi de plusieurs tentatives visant à produire un nouveau texte, efforts en grande partie contrecarrés par la guerre civile et les autres coups qu'a connus le pays par la suite jusqu'à l'adoption d'une nouvelle constitution en 1979, elle-même écartée lors du coup d'État de 1983. Une nouvelle constitution a été adoptée en 1989, écartée par un coup d'état pour être remplacée par une autre constitution en 1999. La constitution des Fidji de 1997 présente la nouveauté d'avoir été écartée par un coup d'état à trois reprises : en 2000, puis rétablie en 2001 à la suite d'une procédure judiciaire ; modifiée et partiellement suspendue en 2006 par un coup d'État soi-disant « pro-constitution » ; puis abrogée en 2009 en réponse à une décision des tribunaux visant à restaurer la constitution.

2.4 L'ordre du jour des questions constitutionnelles : susciter une réflexion sur ces questions

2.4.1 Déterminer l'ordre du jour des questions constitutionnelles

Une étape essentielle dans de nombreux processus d'élaboration de la constitution est de déterminer quelles sont les questions à inscrire dans le texte, nouveau ou révisé, ce qui est différent de l'étape où il faudra décider ce que stipulera la constitution sur ces questions. Cet ordre du jour sera établi de nombreuses manières différentes et il évoluera au fil du processus.

L'importance de l'ordre du jour

La manière dont est établi l'ordre du jour aura une influence sur l'évolution du processus et sur la forme que prendra le texte définitif de la constitution.

- À supposer que l'ordre du jour soit déterminé par un groupe au pouvoir, il sera utilisé pour contrôler la teneur de la constitution et deviendra ainsi source de discorde ;

- Dans certains processus, quand l'ordre du jour est le fruit d'une réflexion collective, il a permis de dégager un consensus sur la voie à suivre dans un pays auparavant divisé ;
- Les décisions concernant l'ordre du jour auront une incidence sur d'autres aspects du processus, notamment sur :
 - les thèmes qui doivent figurer dans les campagnes de sensibilisation et de consultation publique ;
 - les sujets qui seront examinés par les commissions d'une assemblée constituante ;
 - la structure des débats au sein de l'organe constituant ;
 - le contenu du texte définitif de la constitution.

Quelles sont ces questions ?

Dans tout processus, les facteurs qui influent sur l'ordre du jour des questions jugées constitutionnelles peuvent être scindés en deux catégories : les facteurs externes et les facteurs internes. Parmi les premiers, nous pouvons citer :

- Les traditions historiques et culturelles (l'opinion que l'on peut avoir des constitutions et des institutions qu'elles créent est souvent fonction du pays avec lequel on a eu des liens coloniaux (la France, l'Espagne, le Portugal ou le Royaume-Uni) ;
- Le rôle que joue la constitution dans la formation de l'identité de l'État afin de lui assurer une reconnaissance internationale ;
- Les traités et conventions en matière de droits de l'homme et leur protection ;
- La pression exercée par les donateurs pour garantir une bonne gouvernance et une bonne reddition des comptes est telle qu'elle fait de l'existence d'institutions indépendantes de lutte contre la corruption une question constitutionnelle.

Les facteurs internes comprennent :

- L'opinion que l'on a de la longueur idéale d'une constitution – cette dernière peut se résumer à une déclaration de principes courte alors qu'ailleurs, au contraire, l'on souhaitera avoir des constitutions longues et détaillées ;
- L'historique du fonctionnement des constitutions dans le pays ;
- Le contexte local à l'origine du processus d'élaboration de la constitution, surtout dans une situation de consolidation de la paix ou de transition d'un régime autoritaire vers un régime démocratique.

Le droit ne fixe aucune limite au nombre de questions que l'on peut inscrire dans une constitution, ce qui signifie que l'ordre du jour des questions qui seront abordées dans le processus d'élaboration de la constitution est en principe illimité mais pour des raisons d'ordre pratique il sera nécessaire de le restreindre. En effet, ne pas fixer de limites pourrait laisser la porte ouverte à des pressions en vue d'avoir une constitution longue et détaillée portant sur des questions d'ordre général qui devraient plutôt faire l'objet de lois et de politiques. Ce type de constitution sera difficile à mettre en œuvre et pourrait susciter des attentes irréalistes quant au type de problèmes qu'il faut régler dans le cadre de la constitution.

Les campagnes de sensibilisation aident à faire comprendre à l'opinion publique la nature des questions inscrites dans une constitution, l'amenant ainsi à voir des attentes réalistes par rapport à ce que la constitution permet de faire ou non.

Décider de l'ordre du jour en amont du processus d'élaboration de la constitution

Il existe plusieurs manières de décider des aspects importants de l'ordre du jour avant le processus d'élaboration de la constitution :

- **Les constitutions provisoires :** Elles peuvent influencer sur l'ordre du jour de deux manières. Tout d'abord, dans une situation de sortie de crise ou de transition (par exemple, l'Afrique du Sud [1996], Népal [processus en cours]), la constitution provisoire prévoit habituellement la mise en place d'un système de gouvernement nouveau, plus inclusif ou plus juste jusqu'à l'adoption de la constitution définitive. Ainsi s'ouvrent de nouvelles perspectives susceptibles de peser lourdement sur l'ordre du jour. En second lieu, une constitution provisoire donnera des indications quant aux principes et aux caractéristiques de la constitution définitive (comme en Afrique du Sud) et déterminera dans une grande mesure l'ordre du jour à l'avance ;
- **Les accords de paix :** Les accords de paix remplissent souvent un rôle analogue à celui des constitutions provisoires et fixent les questions à discuter en amont du processus d'élaboration ;
- **Les négociations préalables au processus :** Les gouvernements qui s'engagent à reculer dans un processus d'élaboration de constitution sont parfois obligés de se plier aux consultations publiques avec ceux qui exigent le changement. En plus de régler les questions de conception du processus, ces pourparlers permettront souvent de déterminer et de préciser les questions qui devront être abordées pendant le processus. Au Kenya, des années de pression pour obtenir une réforme ont débouché sur plusieurs conférences en 1998 entre des représentants du pouvoir, de l'opposition et de la société civile ;
- **Les autres documents établissant le processus :** Souvent, le droit ou d'autres textes juridiques instaurant le processus définissent les questions à aborder. Par exemple, les termes de référence élaborés par le Comité de planification constitutionnelle de la Papouasie-Nouvelle-Guinée adoptés par le parlement colonial en 1972, la loi de 1988 portant création de la Commission constitutionnelle de l'Ouganda, la loi de 2000 portant création de la Commission de réforme constitutionnelle du Kenya sont des textes qui tous indiquaient les principales questions constitutionnelles à aborder pendant les processus ;
- **Les régimes autoritaires :** Ces régimes tentent parfois de garder la main mise sur le processus en limitant le nombre de questions qui seront examinées. En préparation à certaines conférences nationales tenues dans les pays africains francophones dans les années 1990, les dirigeants des systèmes à parti unique ont tenté de limiter l'examen d'options favorables à des systèmes plus démocratiques. Dans les années 1990 au Nigeria, pays où cohabitent de nombreuses ethnies, le Général Gowon, dictateur militaire au pouvoir, a essayé de limiter les dégâts politiques du processus d'élaboration de la constitution en

éliminant d'entrée de jeu de l'ordre du jour les grandes questions qui divisaient l'opinion. Il a ordonné à la commission constitutionnelle d'examiner toutes les options territoriales de partage de pouvoir autres que des systèmes d'États unitaires ou fédéraux.

- **Les partis politiques sortant « vainqueurs » d'un conflit :** Il est arrivé dans certains cas que le parti politique sorti vainqueur d'un conflit domine l'organe constituant tel qu'une assemblée constituante et qu'il s'estime habilité à déterminer l'ordre du jour. Ce fut le cas au Timor-Leste [2002], lorsque le parti Fretilin a profité de sa supériorité numérique pour fixer l'ordre du jour de l'assemblée constituante élue en focalisant tous les débats sur un projet de constitution qu'il avait préparé auparavant et qui s'inspirait de la constitution du Mozambique (autre ancienne colonie portugaise).

Quand l'ordre du jour est ainsi fixé à l'avance à travers les moyens susmentionnés, il ne reflètera souvent que des intérêts particuliers qui ne représentent pas ceux de la majorité des groupes et de la population. Certaines situations justifieront cet état de fait (par exemple, lors de la transition de l'apartheid en Afrique du Sud). Dans d'autres cas, la fixation à l'avance de l'ordre du jour peut s'avérer contraire à tout principe démocratique et aura des conséquences à long terme. Ainsi au Timor-Leste, le sentiment d'exclusion du fait de la domination d'un parti sur les décisions liées à l'ordre du jour constitutionnel a sans doute contribué à la flambée de violence qu'a connu le pays par la suite.

Décider de l'ordre du jour au cours du processus

L'ordre du jour sera plus fréquemment déterminé dans le courant du processus d'élaboration constitutionnelle. Ceci peut se faire de nombreuses façons :

- **L'organe constitutionnel prend cette décision dès le début du processus :** Lorsqu'une commission constitutionnelle ou parlementaire est créée en vue de consulter la population sur une nouvelle constitution, sa première mesure sera de décider des grandes questions à inscrire dans la constitution. En Érythrée, par exemple, la commission constitutionnelle a identifié les priorités dès le début du processus puis a ensuite développé la documentation devant servir à la consultation du peuple sur ces questions ;
- **Consulter les citoyens sur l'ordre du jour, étape spéciale du processus :** Dans quelques processus d'élaboration de constitutions, l'on a prévu et spécialement planifié de consulter le peuple au sujet des questions qui devaient être examinées dans le courant du processus. C'est l'une des premières choses que la Commission constitutionnelle ougandaise a décidé de faire tout de suite après sa création en 1989. Elle a organisé une série de trente-quatre séminaires d'une durée de deux jours chacun auxquels ont participé plus de mille deux cents personnes. Les vingt-neuf priorités définies par la commission dans le cadre de ce processus ont constitué l'ordre du jour de la commission pour toute la durée de ses travaux. Au Kenya, après les années 1990 marquées par une grande controverse concernant le processus d'élaboration de la constitution, des conférences nationales consultatives organisées en 1998 ont permis de dégager un consensus tant sur la procédure que sur l'ordre du jour (encore qu'il ait fallu attendre trois années supplémentaires avant le démarrage en 2001 du processus convenu) ;

- **L'organe spécial :** Il est arrivé que des conférences nationales tenues dans les pays africains francophones aient repris à leur compte l'ordre du jour des questions constitutionnelles qui avait été décidé par d'autres organes (voir la partie 3.1.3).

L'ordre du jour évolue pendant le processus, et ce pour de nombreuses raisons. Il se peut, par exemple, que des nouvelles questions soient soulevées après un débat public sur un premier ordre du jour de questions constitutionnelles. Il peut arriver que des questions qui devaient être initialement traitées de façons distinctes soit regroupées. Dans d'autres cas, la consultation publique et le débat public qui se déroulent au début du processus montrent clairement qu'il existe un consensus sur la manière dont il faut traiter la plupart des questions, ne laissant en suspens que certaines questions contentieuses ou controversées.

Se concentrer sur les questions conflictuelles

Dans la plupart des processus d'élaboration de constitutions, rares sont les grandes questions qui divisent l'opinion. Lorsque l'on se trouve dans un pays divisé où l'on attend du processus qu'il contribue au règlement du conflit et au consensus sur la voie à suivre, il faudra recenser et traiter ces questions avec beaucoup de soin. D'ailleurs, dans plusieurs processus d'élaboration de constitutions, une attention particulière a été consacrée à cette fin et des procédures spéciales élaborées pour prendre des décisions les concernant.

En Ouganda [1995], par exemple, grâce à trois années de campagnes de sensibilisation et de débats publics menées depuis 1992 sur les nombreuses questions à inscrire dans la constitution, un consensus a pu être dégagé sur la plupart d'entre elles et il n'en restait plus que dix qui divisaient encore l'opinion. Elles ont fait l'objet de beaucoup d'attention pendant le processus pour essayer de les régler (voir la partie 2.5.2).

2.4.2 Susciter une réflexion sur les questions constitutionnelles

Un exercice de réforme constitutionnelle peut se limiter à un nombre restreint de questions (comment, par exemple, résoudre le problème d'exclusion de certains groupes de la société). Toutefois, s'il s'agit d'une réforme plus ambitieuse avec une large participation citoyenne, il est fort probable qu'une foule de questions soit soulevée. Certaines personnes sauront clairement ce qu'elles souhaitent voir inclure dans la constitution, d'autres seront insatisfaites de façon générale mais elles ne savent pas très bien quelles solutions proposer.

Analyser les failles de la constitution en vigueur

À un moment donné il sera judicieux, sinon indispensable, de déceler les failles de la constitution en vigueur ; tout comme un médecin ne devrait pas tenter de soigner un patient sans diagnostiquer sa pathologie, toute personne chargée de l'élaboration de la constitution ne devrait pas remédier à une constitution sans avoir analysé ses carences. Même si l'ordre du jour des questions constitutionnelles est court, il est impératif de cerner le problème.

Le débat politique peut être présenté en termes de difficultés constitutionnelles mais il se peut que celles-ci soient superficielles ou qu'elles émanent d'une mauvaise compréhension du texte. Des impératifs politiques peuvent empêcher qu'un diagnostic minutieux ne soit effectué avant le lancement d'une réforme constitutionnelle mais dans la conception du processus il faudra prévoir l'établissement de ce diagnostic ainsi que des procédures de prise en compte de l'analyse ainsi faite dans la rédaction du nouveau texte.

L'insatisfaction vis-à-vis de la constitution actuelle peut émaner de différentes sources, internes ou externes. Au contraire, dans certains pays, la population est attachée de manière irrationnelle à sa constitution et fera tout pour s'opposer à tout amendement.

Toutes les impressions ne sont pas fondées sur la réalité (encore que parfois c'est l'impression qui compte). Il existe ainsi des exemples d'erreurs d'analyse. Les Fidjiens se sont plaints, par exemple, que la constitution de 1997 ne protégeait pas leurs droits fonciers. Au Népal, la population a accusé la constitution de 1990 de nombreux maux alors que ceux-ci étaient souvent le résultat d'un abus de pouvoir par les rois, d'un consentement tacite de la part des partis politiques, de la corruption et de l'incompétence.

Qu'est-ce qui n'allait pas dans la constitution précédente ?

Parfois, la constitution actuelle est fondamentalement inacceptable, en raison de son origine ou de son contenu – surtout si elle consacre la domination d'un groupe nouvellement vaincu – comme ce fut le cas avec la constitution de l'Afrique du Sud du temps de l'apartheid, remplacée par la constitution provisoire de 1993.

Des questions moins globales peuvent concerner la concentration des pouvoirs entre les mains d'un président, par exemple, (ce qui est souvent décrit comme la « présidence impériale » au Kenya) ou entre les mains du gouvernement national dans la capitale (comme au Népal) ou encore dans les mains d'une classe ou d'un groupe ethnique donné (Népal).

Une autre revendication est que le texte de la constitution, qui ne prévoyait pas de concentration de pouvoirs, a été détourné pour aboutir à une usurpation du pouvoir par des autocrates. La Constitution de Weimar aurait ainsi permis la montée du nazisme et de Hitler dans les années 1920 et 1930.

Il arrive que les gens se plaignent du fait que la constitution ne permette pas de juguler la corruption ou alors qu'elle offre de trop nombreuses possibilités de corruption. Cette raison était probablement à la base de la réforme constitutionnelle des années 1960 – assurément la corruption et la fraude électorale étaient des problèmes majeurs à l'époque déjà. Le fait que le Nigeria soit l'un des pays les plus corrompus au monde en dépit d'un incessant remaniement constitutionnel devrait servir de mise en garde contre l'empressement excessif à accuser la constitution.

Parfois l'on se plaint de la mollesse du gouvernement, et l'on réclame un gouvernement fort. Malheureusement, les exemples d'inefficacité de gouvernements prétendument forts abondent tout comme ceux de gouvernements qui sont trop forts. Le diagnostic est possiblement bon mais il est peu probable que des pouvoirs illimités soient le remède.

D'autres plaintes peuvent surgir au moment où l'on émet l'idée de réforme. D'anciennes colonies peuvent ainsi avoir le sentiment que leur constitution leur a été pour l'essentiel imposée par la puissance coloniale. Les Somaliens se sont plaints du fait que leur constitution de 1960 s'inspirait trop du modèle italien ou du modèle britannique. Au Népal, la constitution de 1990 est souvent critiquée car la population n'a pas été associée à son élaboration. La présidente du Liberia, Mme Johnson Sirleaf a demandé que la constitution soit amendée, ce qui semble indiquer que les modifications introduites en 1986 ont été rédigées à la hâte en vue de permettre un retour à un régime civil.

Ce manuel n'a pas vocation à proposer des solutions constitutionnelles ni d'indiquer comment ces problèmes peuvent être diagnostiqués correctement. Nous souhaitons simplement insister sur la nécessité de procéder à une analyse minutieuse des problèmes et de ne pas effectuer de diagnostic superficiel.

Quelques mises en garde

La politique manque souvent de logique. Il est plus aisé d'accuser la constitution pour les faiblesses d'un régime ou d'un groupe que de mettre le doigt sur les vrais problèmes qui peuvent être source de discorde. Par ailleurs, ce n'est pas forcément en introduisant un élément dans la nouvelle constitution, absent dans l'ancienne, que l'on va pouvoir régler le problème. Les failles de l'ancienne constitution ont peut-être conduit à une nouvelle situation où il ne suffira pas de faire cette fois ce qui aurait dû l'être auparavant. Ainsi, si le problème était l'exclusion d'un groupe donné (que ce soit en raison d'une disposition de la constitution ou en raison de la mauvaise application de cette dernière), il ne suffira probablement pas de simplement inclure ledit groupe. En effet, ce dernier peut réclamer des mesures de discrimination positive en sa faveur pour lui permettre de rattraper son retard par rapport au reste de la société.

Sources des idées

Les sources d'idées constitutionnelles ont de tout temps été limitées. Les rédacteurs de la constitution des États-Unis avaient à leur disposition des connaissances théoriques en matière de gouvernance de la Grèce et de la Rome antiques, une expérience pratique de la monarchie britannique et de l'évolution de ses institutions, les textes des constitutions des treize premiers États, et des connaissances des écrits politiques qui avaient fleuri vers la fin du dix-huitième siècle. Ils savaient ce qu'ils ne voulaient pas – une monarchie. Or, beaucoup d'institutions créées par eux trouvaient nettement leur origine dans le système britannique.

De nos jours, les personnes chargées de l'élaboration de la constitution se trouvent dans une situation très différente. Peu d'entre elles ont lu les ouvrages des théoriciens. L'on est tenté de dire que les rédacteurs de constitution actifs à notre époque ont beaucoup d'informations à portée de main mais peu de connaissances. Or, il existe une riche littérature sur la manière dont les constitutions ont fonctionné et elle pourrait être d'une très grande utilité si ces personnes voulaient bien la lire.

Vers quelles sources peut-on se tourner pour trouver des idées constitutionnelles ?

- **Le droit international**

Hormis sa reconnaissance des droits de l'homme, le droit international a peu à offrir au rédacteur d'une constitution. Toutefois, les droits humains doivent inspirer l'intégralité de la constitution. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques engage toutes les parties (pratiquement toutes des États) à garantir que : « tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune [...] discriminations [fondées sur le sexe, la race, etc.] [...]et sans restrictions déraisonnables [...] de prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ; [et] de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret » (article 25). Mais cet article ne prescrit pas de système de gouvernement démocratique, ni de système électoral et il effleure à peine les aspects constitutionnels.

La large gamme de traités sur les droits des différents groupes de la société (femmes, enfants, personnes vivant avec un handicap, minorités, peuples autochtones) n'engage pas forcément les parties signataires à adopter des dispositions constitutionnelles – les États conviennent de prendre les mesures nécessaires, y compris d'adopter des lois mais aussi des politiques et des pratiques officielles. Par ailleurs, les dispositions des traités ne se prêtent pas forcément à l'adoption comme celles d'une constitution ou d'une loi. Toujours est-il qu'elles offrent des pistes valables de réflexion qui ne se limitent pas au contexte d'un traité donné. Ainsi, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones fait appel à la notion de « consentement préalable en connaissance de cause » (notion qui ne figure pas dans les autres traités relatifs aux droits humains mais que l'on trouve dans les traités relatifs à l'environnement). Il est clair que cette notion pourrait s'appliquer plus largement.

Certains groupes précis de la société sont souvent bien informés de « leur » traité. Mais ils ne comprennent pas un texte de constitution aussi bien qu'un texte de traité. Les ONG internationales ou les agences des Nations Unies n'ont pas nécessairement une bonne compréhension des constitutions. L'inspiration que l'on pourra tirer du droit international doit donc être tempérée par des connaissances constitutionnelles.

- **Expériences d'ailleurs dans le monde**

Depuis la fin de la décolonisation en particulier, les collections de constitutions sont devenues monnaie courante. De plus, grâce à Internet, les textes de la plupart des constitutions actuelles et passées dans le monde sont disponibles, en anglais surtout. Il est facile d'élaborer toute une série de dispositions sur pratiquement n'importe quel sujet constitutionnel et le commerce international d'idées constitutionnelles est florissant.

Nous souhaitons ici appeler à la prudence. Faire du copier/coller juridique dans tout domaine présente des risques. En outre, des greffes juridiques peuvent avoir un effet différent selon le contexte politique, culturel et économique, lui-même déterminé par les traditions, les

attentes et les ressources. Cette richesse de documentation rend presque trop facile la recherche de dispositions. À l'époque où les rédacteurs de constitutions se demandaient : « Que voulons-nous faire et comment rédiger la constitution pour que cela soit possible ? », ils trouvaient probablement une meilleure solution qu'aujourd'hui où l'on a tendance à se dire « Tel ou tel pays a cette disposition qui semble être une solution à notre problème, utilisons-la ». Cependant, ceux qui ont recours à cette pratique aujourd'hui ne savent sans doute pas quel problème la disposition en question cherchait à résoudre dans le pays concerné, ni comment la constitution est utilisée ou quel effet la disposition a pu avoir dans ledit pays. Malheureusement, il est beaucoup plus ardu d'avoir accès à des informations concernant la politique et le droit des pays que d'obtenir des exemplaires de leurs constitutions.

- **Effectuer un changement radical ou rester fidèle à ce que l'on connaît ?**

Parfois les personnes chargées de l'élaboration de la constitution sont tentées de rester fidèles à ce qui leur est familier par crainte du nouveau, de l'imprévisible. Cette attitude peut sembler logique mais s'il est impératif de bouleverser la culture politique, peut-être faudra-t-il alors apporter des changements importants. Cependant, il ne faut pas oublier que la modification d'un élément de la constitution peut avoir des répercussions sur d'autres aspects et qu'une disposition qui semble être inchangée aura un effet différent que par le passé. Changer le système électoral peut entraîner de lourdes conséquences pour les partis politiques et par ricochet pour le parlement et même le gouvernement.

Par ailleurs, si l'on choisit d'apporter des changements radicaux au texte, il faut s'attendre à des conséquences imprévisibles. En 1979, le Nigeria a décidé d'abandonner le système parlementaire pour adopter le système des États-Unis. Or, cela n'a pas eu pour effet de reproduire les États-Unis en Afrique de l'Ouest. Ce qui était considéré comme un équilibre des pouvoirs entre le chef du gouvernement et le législateur a conduit un État fédéré, au début de l'application de la nouvelle constitution, dans une impasse totale car le pouvoir législatif refusait d'approuver la nomination des candidats au cabinet du gouverneur de l'État et ne cherchait qu'à trouver des raisons pour destituer le gouverneur (ce qu'il a d'ailleurs réussi à faire).

- **Nos coutumes**

Le ressentiment chez les populations après la période coloniale les a parfois poussées à adopter une constitution plus adaptée à leurs traditions et coutumes. Mais il n'est pas aisé d'identifier ces aspects « authentiques » qui pourront vraiment fonctionner dans un cadre constitutionnel moderne. Les mécanismes les plus fréquemment retenus ont consisté à instituer une Chambre des chefs traditionnels et des tribunaux de droit coutumier. Dans certains cas, ces institutions existent depuis des années et fonctionnent bien. Dans le cadre d'un processus véritablement participatif, il ne sera pas toujours facile d'accepter l'inclusion de ces caractéristiques dans la constitution. En effet, les femmes peuvent être mécontentes de ces institutions dominées par les hommes et les « représentants du peuple » peuvent résister à la constitutionnalisation des privilèges des chefs.

Le discours officiel est souvent mêlé par des intérêts personnels. Nnamdi Azikiwe, le premier gouverneur-général du Nigeria devenu ensuite le président du pays, soutenait qu'il était contraire à la tradition et à l'entendement des Africains d'avoir un dirigeant sans pouvoir, « un oiseau dans une cage dorée » alors qu'il était lui-même issu d'un groupe acéphale à l'origine (sauf que les colonisateurs avaient jugé opportun d'inventer cette tradition de chefferie).

Nous ne cherchons pas à insinuer ici qu'il ne faut pas s'inspirer de la tradition, mais concilier constitution et tradition est une tâche ardue. L'on pourrait arguer du fait qu'un système parlementaire est plus proche de certaines cultures de gouvernement traditionnelles en raison du fait que le pouvoir ne repose pas sur les seules épaules du dirigeant, mais qu'il est collectif. Cependant, s'il est associé à un régime électoral à scrutin majoritaire, il est susceptible de déboucher sur un système à deux partis qui est loin d'être conciliatoire.

2.5 Débats et décisions

2.5.1 Procédures et règles en matière de débats et de décisions

Une assemblée constituante en particulier doit être dotée de règles, même un parlement normal aura besoin de règles spéciales dans le cadre d'une élaboration de constitution qui se distingueront du règlement intérieur normal. Des organes plus restreints, tels que les commissions constitutionnelles n'auront pas besoin d'un ensemble de règles si complexes mais devront malgré tout pouvoir s'appuyer sur des règles en matière de prise de décisions, de financement et de quorum.

La présente section a trait surtout aux assemblées constituantes et dans une certaine mesure aux commissions mais elle vaut pour n'importe quel organe chargé d'élaborer une constitution.

Principaux aspects

Quorum

On entend par quorum le nombre de personnes qui doivent être présentes pour que les débats ou le vote puissent avoir lieu. L'intention est d'empêcher que les décisions soient prises par une minorité. Dans de nombreux parlements, les quorums sont limités mais pour une assemblée constituante, qui doit être un miroir fidèle de la nation, il n'est pas souhaitable de fixer le quorum à moins de 50 pour cent. En Ouganda, le quorum fixé à 50 pour cent a souvent été difficile à atteindre car certains membres étaient ministres. Au Népal, la constitution provisoire prévoit un quorum d'au moins 25 pour cent de membres présents de l'assemblée constituante pour le traitement de la plupart des questions. Ce quorum nous paraît plutôt bas : les délibérations ont pu démarrer alors que seules les femmes étaient présentes, ou seuls les hommes, ou seuls les membres d'une ou deux castes ou de groupes ethniques.

Aux fins du vote tout du moins, nous estimons que le quorum minimum devrait être plus élevé. Si un vote particulier requiert une majorité particulière (la majorité des deux tiers est la plus fréquente) il faut s'assurer que le nombre de membres présents correspond à ce minimum, même si un nombre moins élevé de membres était présent au moment où le débat a eu lieu.

La règle du quorum peut être un prétexte à des tactiques dilatoires. Certes, les membres de l'assemblée doivent être suffisamment nombreux mais ils ne doivent pas abuser de cette règle afin de retarder la prise de décisions. Toujours est-il que le président de séance doit suspendre les débats s'il estime que le nombre de membres présent est tellement bas qu'il les rend inutiles.

Les règles pour les réunions de commissions peuvent être différentes. Le président devrait pouvoir décider de ne pas autoriser que les débats commencent si les représentants d'un groupe donné sont absents pour une bonne raison mais aucun groupe ne doit pouvoir prendre en otage la commission en décidant à dessein de ne pas se présenter.

La règle du quorum à elle seule ne suffit pas à garantir la présence des membres. D'autres facteurs entrent en ligne de compte. Le lieu (trop de distractions ?), la durée interminable du processus, l'efficacité de la présidence. Se pose aussi la délicate question des indemnités de présence. Elles n'ont rien d'inhabituel mais doivent être bien contrôlées sinon les membres viendront simplement signer la feuille de présence puis s'en aller. Dans certaines sociétés, il peut être utile de publier la liste de présence.

Règles relatives à la prise de parole

Les règles doivent garantir la liberté de parole pour tous. Au sein de certains parlements, un député doit savoir « attirer l'attention du président », ce qui peut rendre la vie difficile aux membres les moins expérimentés et parfois surtout aux femmes. Dans certaines assemblées, la procédure veut que les membres appellent à l'avance le président pour le notifier de leur désir de prendre la parole sur tel ou tel article et au moment voulu le président leur donnera la parole dans l'ordre où leurs noms figurent sur sa liste (par exemple, au Timor-Leste [2002]). Ceci a pour inconvénient que les orateurs qui se succèdent ne réagissent pas à ce qu'ont dit leurs prédécesseurs mais se contentent de faire leurs déclarations préparées à l'avance. Une autre option, utilisée lors de la Conférence constitutionnelle nationale du Kenya, est de fournir à chaque membre un panneau sur lequel est imprimé son numéro d'immatriculation. Il suffit de lever son panneau pour manifester son désir de prendre la parole.

Il est absolument indispensable d'avoir un moyen de limiter le temps de parole. Celui-ci dépendra sans doute de la taille de l'organe délibérant et de l'étape où se trouve le processus. En Ouganda, pendant les délibérations initiales, le temps de parole était fixé à trente minutes, mais l'organe était composé de 214 membres seulement. Au Kenya, le temps de parole était fixé à dix minutes mais il y avait 629 membres. En Bolivie, pendant le débat « Vision de la Nation », chaque groupe politique avait un temps de parole de trois

heures au maximum lors de l'étape préliminaire du processus. Les comités disposaient de deux heures pour présenter leur rapport en plénière. Lors des débats sur les grandes propositions, les groupements régionaux avaient une heure de temps de parole chacun. Lors de l'étape de prise de décisions, au moment du vote, chaque membre disposait de dix minutes au maximum par section devant faire l'objet du vote. Quant au temps de parole accordé pour faire une proposition, il était limité à deux minutes seulement.

Le risque principal est d'accorder un long temps de parole aux partis politiques au détriment des autres groupes d'intérêt. Il faudrait sans doute prévoir, compte tenu des circonstances particulières du pays, la possibilité d'octroyer un temps de parole plus long aux autres groupes – les femmes, les personnes vivant avec un handicap, les groupes minoritaires qui transcendent les clivages des partis.

Les règles en vigueur au sein de l'assemblée constituante de l'Inde prévoyaient que les langues de travail étaient l'hindoustani (langue qui donnera son origine à l'ourdou et au hindi) et l'anglais, mais si le président de l'assemblée constituante estimait qu'un membre n'était pas capable de s'exprimer dans une de ces deux langues, alors il l'autorisait à s'exprimer dans sa langue maternelle, un résumé de ses propos étant ensuite fourni aux autres membres en anglais ou en hindoustani. Au Timor-Leste, les langues officielles de l'assemblée constituante étaient le portugais et la lingua franca locale, le tetum, mais les membres avaient la possibilité de s'exprimer en anglais ou en indonésien (en dépit de l'hostilité de certains membres face à l'usage de l'indonésien, considéré comme la langue de l'opresseur). En Bolivie, les règles de l'assemblée constituante prévoyaient un service d'interprétation et de traduction pour les séances plénières et de commissions pour permettre aux membres de s'exprimer dans leur langue maternelle (article 52). Il est aussi possible d'envisager l'utilisation de la langue des signes.

Règles relatives aux notifications

Il est utile d'énoncer des règles sur les notifications de toute question devant faire l'objet de discussions car elles permettent aux membres de savoir à l'avance quand ils devront être présents s'ils souhaitent s'exprimer sur tel ou tel sujet qui leur tient à cœur. Les règles en Bolivie prévoyaient un délai de vingt-quatre heures pour la notification de documents.

Règles de courtoisie et de bienséance

Il est également important de se doter de règles pour garantir que les membres se parlent et s'écoutent avec respect, que les autres personnes présentes dans la salle adoptent un langage poli, n'utilisent pas leur téléphone portable, ne lisent pas le journal ou encore ne bavardent pas avec leurs voisins. Ces règles peuvent être complexes et rendre l'atmosphère lourde et il faut prendre garde à ne pas être excessivement formel. Il est parfois possible de trouver des solutions en-dehors des règles ; c'est ainsi que le parlement népalais a mis en place un système de brouillage des téléphones portables.

Prise de décision et vote

Le type de majorité par lequel les décisions sont prises peut être l'un des aspects les plus épineux du processus (dans certains cas, il a même été la cause de la longueur du processus de décision). Le type de majorité requise diffèrera selon les décisions à prendre. La majorité se détermine de diverses manières, notamment :

- La majorité des présents et votants (parfois appelée la « majorité simple ») : si cinquante personnes sont présentes et dix-huit votent en faveur d'une motion et douze contre, la motion est réputée adoptée bien que n'ayant pas été votée par la majorité des présents ;
- La majorité des présents (ce qui signifie que ceux qui sont présents mais s'abstiennent sont considérés comme ayant voté contre) ; lorsque le vote porte sur l'opportunité d'amender un projet de constitution, cette règle rend difficile l'adoption de l'amendement même s'il est souhaitable ;
- La majorité des membres, présents ou non, c'est-à-dire un nombre supérieur à la moitié de l'ensemble des membres (parfois appelée « majorité absolue ») ; il est parfois précisé que « l'ensemble des membres » ne comprend pas les sièges vacants ;
- Au moins deux tiers de l'ensemble des membres, présents ou absents (cette règle est souvent utilisée en matière de décisions constitutionnelles) ;
- Au moins 75 pour cent de l'ensemble des membres, qu'ils soient présents ou absents (cette règle est parfois appliquée aux amendements liés à des dispositions constitutionnelles jugées particulièrement importantes).

Il est à noter que ces règles sont basées sur les principes usuels des organes de décision officiels : toutes les décisions sont « binaires » c'est-à-dire que tout membre vote « pour » ou « contre ». Même lorsqu'il existe plusieurs solutions à un problème, la décision sera structurée de façon à ce que chacune d'entre elles fasse l'objet d'un vote distinct.

Il est souhaitable que toutes ces règles soient clairement énoncées.

Une note à propos de la question de la « majorité simple » : d'une part, il est juste de l'interpréter comme une mesure visant à recueillir plus de la moitié des voix des membres présents parce que la motion nécessite un soutien important. Cependant, ceux qui ont édicté cette règle auraient pu, ou auraient même dû si c'est cela qu'ils sous-entendaient, être plus précis et préciser par le terme « une majorité des présents ».

Encadré 29. Qu'est-ce qu'une majorité simple ? Le débat à l'assemblée constituante du Timor-Leste [2002]

La question était la suivante : la majorité simple signifie-t-elle le plus grand nombre de votants, ou la majorité des présents ? Dans ce dernier cas de figure, une personne présente mais qui s'abstient, voterait en fait contre la motion soumise au vote. Les membres de l'assemblée furent divisés sur la question. Un expert étranger s'est prononcé en faveur de la seconde explication (Kathlene 1994 : 565).

En anglais, le sens usuel de la « majorité simple » est la « majorité des présents et votants ». La « majorité absolue » aurait vraisemblablement signifié, comme l'a souligné un membre de l'assemblée constituante du Timor-Leste, la « majorité des présents ». Permettre que le silence constitue un vote contre favorise l'abstention. Lorsque que la question mise aux voix consiste à savoir s'il faut amender un texte, cette règle favorise le maintien du texte.

Pour que les règles soient claires, elles doivent préciser le type de majorité : « une majorité des présents et votants », « une majorité des présents », et même « la majorité de l'ensemble des membres ». Cela rendrait inutile l'utilisation de termes tels que « majorité simple » qu'il est, d'ailleurs, préférable d'éviter. Les règles exigent souvent que ceux qui s'abstiennent indiquent qu'ils s'abstiennent et que le nombre d'abstentions soit enregistré. Cela peut dissuader les membres de s'abstenir, ceci souvent, n'étant qu'un moyen de fuir une responsabilité.

Les décisions à caractère administratif peuvent souvent davantage se prêter à un vote à la majorité simple (« la majorité des présents et votants ») mais il convient de veiller à ce que ces décisions ne désavantagent pas des groupes particuliers. Dans de nombreux processus d'élaboration de constitutions, la majorité requise est celle des deux tiers de l'ensemble de l'assemblée. L'objet de cette règle est d'encourager les divers groupes qui composent l'assemblée à persuader les autres de les soutenir. Elle empêche qu'une minorité obstrue la voie vers une nouvelle constitution (ce qui est possible si la règle requiert une plus forte majorité).

Il est irréaliste d'exiger l'unanimité dans une quelconque entreprise humaine. Mais nombre de processus constitutionnels ont érigé le « consensus » comme objectif (en Afrique du Sud [1996], au Kenya [2005] et au Népal [processus en cours]). Le « consensus », on peut l'imaginer, n'est pas l'unanimité. Beaucoup estiment que la recherche du consensus est la manière traditionnelle de procéder dans leur culture. Benjamin Odoki, le président de la Commission constitutionnelle de l'Ouganda, devenu ensuite président de la Cour suprême fait remarquer qu'en Afrique, l'idée de consensus signifie « résoudre les conflits en écoutant chacun et en tenant compte de tous les avis. C'est un travail laborieux mais gratifiant parce qu'en fin de compte, il n'y a pas de perdant puisque tout le monde est gagnant, et il en sort des décisions légitimes et acceptables » (Odoki 2005). Dans la politique moderne cependant, le consensus est difficile à réaliser, même en Afrique. Le concept de « consensus suffisant » a été conçu en Afrique du Sud. Cela signifie que lorsque les grands acteurs, représentant en l'occurrence l'ensemble des groupes ethniques, en décident ainsi, le processus peut se poursuivre (même si cela signifie d'exclure certains groupes). Au Népal, le consensus a été défini comme l'absence de vote contre une disposition du projet de constitution (indépendamment du nombre d'abstentions). Un processus devait permettre ensuite de tenter de trouver un accord (au niveau des dirigeants des partis) et, en fin de compte, si cela n'était pas concluant, une majorité des deux tiers de l'ensemble des membres suffisait à adopter la disposition. Le consensus est plus aisé à réaliser dans des organes de petite taille comme les commissions.

Encadré 30. Obstacles à la présence des femmes dans les organes de décision

Les pratiques culturelles et les attentes sociales rendent souvent difficiles la présence effective des femmes dans les organes publics. L'écrivain Aili Mari Tripp relève que « même dans les organes parlementaires, les femmes ont du mal à se faire prendre au sérieux, à se faire écouter, et elles sont fréquemment l'objet de stéréotypes humiliants et de remarques péjoratives » (Tripp 2011 : 153). Au Timor-Leste [2002], une femme membre de l'assemblée constituante s'est attirée les moqueries de plusieurs collègues masculins lorsqu'elle a soulevé le problème de la violence dans les foyers. Des femmes parlementaires ont également été l'objet de harcèlement sexuel dans certains pays, notamment l'Afrique du Sud (Geisler 2000 : 618), l'Ouganda (Tripp 2001 : 153, citant Tamale 1999), et même la Suède (The Local 2007).

Des études montrent que l'interruption des femmes en pleine prise de parole par les hommes fait partie des formes de harcèlement les plus fréquentes que subissent les femmes. Dans les commissions législatives aux États-Unis, « les femmes sont entrées dans le débat plus tard, se sont exprimées moins fréquemment et ont fait moins d'interruptions que les hommes » (Kathlene 1994 : 565). Dans les organes législatifs des pays en développement, les partis sont souvent faibles et le népotisme étant érigé en règle de fonctionnement, il est difficile de lutter dans les partis pour des procédures justes envers les femmes. Ces problèmes, qui touchent aussi d'autres groupes exclus de la vie publique, doivent être pris en considération par ceux qui édictent les règles.

Il advient toujours un moment où un mécanisme permettant de lever les impasses devient nécessaire, que les règles prévoient ou non une disposition à cet effet (voir la partie 2.5.2). Le vote se fera différemment selon la phase du processus qui est en cours. Lorsqu'un document est adopté pour la première fois, il est vraisemblable qu'un vote favorable particulier est requis. Mais il peut arriver qu'un texte déjà préparé par un organe soit présenté pour adoption par un autre. De manière générale, il existe deux manières de procéder dans ce cas de figure : soit le texte, sauf à être modifié, est présumé être le texte final de la constitution, soit il est perçu comme une simple proposition. En Ouganda, le projet de texte préparé par la commission constitutionnelle pouvait être modifié par l'assemblée constituante, mais seulement après proposition et adoption par une majorité des deux tiers d'une motion permettant sa modification. Mais au Kenya [2005], l'adoption de chaque disposition de la nouvelle constitution nécessitait une majorité des deux tiers de l'assemblée constituante. Au Kenya [2010], les propositions relatives à un projet de constitution ne pouvaient être faites par le parlement qu'à une majorité de deux tiers de l'ensemble des membres. Même si le nombre minimum de parlementaires requis avait toujours été présent sur les lieux, chaque fois qu'un vote était proposé, certains disparaissaient opportunément ; de ce fait, aucun des 150 amendements proposés n'a pu être adopté et un seul a pu être soumis au vote.

Quelques assemblées constituintes ont prévu un vote à bulletin secret. Cela a été possible dans la Loya Jirga constitutionnelle en Afghanistan [2004]. Dans ce cas précis, il existait un risque réel d'intimidation par les seigneurs de guerre. Au Népal, certains membres ont exprimé la crainte d'être l'objet de pressions et des militants de la société civile se sont inquiétés du fait que des membres de certains groupes ethniques, de castes ou des femmes n'aient pas la liberté de représenter ces groupes et seraient plutôt, pour l'essentiel, des « banques de voix » pour leurs partis et les intérêts de ceux-ci. Le vote à bulletin secret permettrait à ces membres de régler ce dilemme.

De manière générale, il existe de solides arguments contre le vote à bulletin secret qui est profondément antidémocratique : l'électorat a le droit de savoir comment ses élus ont exercé le mandat qu'il leur a été confié. Le risque de corruption existe aussi dans certains pays. Il y a eu des cas avérés au sein de la Conférence constitutionnelle nationale kényane [2005]. Le vote à bulletin secret est susceptible d'encourager la corruption parce qu'il ne permet pas de savoir dans quel sens les concernés votent et s'ils ont été influencé par des facteurs tels que la corruption. Certains peuvent être tentés de ne pas vraiment réfléchir à leur vote, sachant qu'ils ne seront pas tenus responsables de l'issue du scrutin. Enfin, la décision se fait probablement dans des commissions où le vote secret est moins praticable, soit parce que le vote deviendra une affaire plus publique, soit parce que le nombre réduit de membres fait qu'il est difficile de dissimuler le sens du vote individuel. Il n'est pas réaliste de croire que les partis politiques accepteront le principe du vote secret s'ils sont déterminés à exercer un contrôle sur leurs représentants.

Il y a diverses manières d'exprimer un vote : le vote oral (ceux qui sont pour disent simultanément « oui » et ceux qui sont contre disent « non » et le président juge du sens du vote au nombre de voix), à main levée, par collèges séparés (les « Oui » passent dans une salle et les « Non » par une autre ou alors les uns et les autres se présentent au-devant de la salle pour placer leur vote dans une urne ou une boîte), par voie électronique, en appuyant sur un bouton placé devant chacun des sièges, et par appel nominal (le nom de chaque votant est appelé à haute voix et chacun indique son vote à haute voix).

Le vote oral est partiellement anonyme : la personne assise à côté du votant peut connaître le sens du vote de son voisin mais ni le président de séance, ni la population ne le peuvent. Cette procédure a été utilisée lorsque le parlement kenyan a adopté la constitution proposée - à soumettre au référendum - en 2010. Bien que le « Oui » semblait l'avoir largement remporté, nul ne pouvait dire exactement qui avait dit « Oui ». Cela explique certainement pourquoi tant de parlementaires ont pu défendre le rejet du texte au cours de la campagne pour le référendum. Au Timor-Leste, l'appel nominal a été retenu, pas de façon systématique mais pour certaines questions présentant une grande charge symbolique, par exemple, celles qui sont liées au drapeau. Toutefois, ce système ne convient pas dans les grandes assemblées constituintes. Il a pourtant été appliqué par l'assemblée constituante française. Selon Jon Elster, « cette procédure a permis aux membres et aux citoyens d'identifier ceux qui étaient opposés à des mesures radicales et de distribuer dans Paris des listes portant leurs noms » (Elster 1993 : 180).

Au Timor-Leste, chaque membre de l'assemblée disposait de trois cartes (une verte, une rouge et une bleue qu'ils devaient lever) afin de voter pour, contre ou de s'abstenir. Il a été proposé à un moment que, plutôt que chaque groupe lève ses cartes séparément, l'ensemble des groupes le fasse en même temps et le comptage soit effectué par trois personnes simultanément. Cette méthode n'aurait pu fonctionner dans une assemblée de six cents personnes comme les assemblées constituantes du Kenya [2005] ou du Népal [processus en cours].

Une question se pose dans les assemblées constituantes : dans quelle mesure les membres d'un parti sont-ils obligés de voter selon la « ligne du parti » - ou bien jusqu'où peut aller ladite ligne ? Il y a des questions sur lesquelles un parti peut avoir une position fermement arrêtée. Mais l'existence de « whips » (terme employé dans certains pays pour désigner les responsables de parti chargés de faire respecter la discipline de vote) n'est pas compatible avec la notion de consensus, à moins qu'ils ne servent à encourager l'adhésion des membres autour d'un consensus réalisé par les dirigeants. Mais alors, même dans ce cas, lorsqu'il s'avère nécessaire de « pousser » les membres à se rallier, peut-on vraiment parler de consensus national ?

L'absence de discipline imposée est susceptible de donner lieu à un débat plus éclairé. Dans certains pays, les questions de conscience sont habituellement soumises à un vote libre (quoique cela puisse produire des votes populistes peu rationnels sur certaines questions). Au Népal, malgré des discussions très poussées, les règles sont restées silencieuses sur ce point, probablement pour laisser aux partis la discrétion d'appliquer leur discipline lorsqu'ils le jugent nécessaire.

Caucus

Doit-on formellement permettre la création d'alliances interpartis ou caucus ? Les caucus de femmes sont courants dans les organes législatifs dans le monde. Ils sont parfois composés de femmes membres d'un même parti et parfois aussi de femmes appartenant à des partis différents. Dans le processus constitutionnel de l'Ouganda, comme Aili Mari Tripp le fait observer, les femmes membres de l'assemblée ont formé un caucus non partisan de femmes qui a organisé des ateliers de formation aux procédures parlementaires, à l'expression publique et à la création de coalition. Il s'est aussi assuré que les opinions et préoccupations des femmes soient exprimées dans une émission radiophonique hebdomadaire portant sur les débats à l'assemblée (Tripp 2001 : 150).

Au Népal, une tentative de faire reconnaître dans les règles un caucus de femmes a été rejetée en raison des réticences des partis qui craignaient de perdre leur contrôle sur ces femmes.

Ouverture

L'ensemble du processus d'une assemblée constituante doit être caractérisé par la transparence. L'opinion publique doit savoir ce qui est débattu et ce que disent les participants au débat. Les

documents sur lesquels le débat se fonde doivent être rendus publics à temps pour que toutes les parties intéressées puissent donner leur avis et prendre contact avec les observateurs.

Mais cela signifie-t-il que les séances elles-mêmes devraient être publiques ? En Afrique du Sud, le processus a été ouvert : toutes les séances de l'assemblée constituante et de ses démembrements étaient ouverts à la population. Cette ouverture est porteuse de risques. Au cours des travaux de l'assemblée constituante française, la foule terrorisait les délégués. Même dans des circonstances plus calmes, la présence de certains peut intimider les délégués. Il existe aussi le risque que certains membres de l'assemblée soient tentés d'impressionner la galerie plutôt que de se consacrer entièrement au travail en cours. Le parlement sud-africain en a fait l'expérience lorsque les travaux de ses commissions étaient télévisés. La convention de Philadelphie qui a élaboré la constitution des États-Unis d'Amérique avait décidé, quant à elle, de siéger en secret, en partie de peur que ses membres aient des réticences à changer d'avis une fois que ces avis eurent été exprimés en public. L'assemblée constituante espagnole [1978] s'était dotée d'une règle du secret pour ses commissions. Jon Elster qui a étudié plusieurs processus pense que les travaux menés en public inhibent le débat parce qu'ils entraînent l'entêtement et les effets de manche. Par contre, il juge que le secret encourage le marchandage entre des intérêts particuliers au détriment du débat. Il conclut que les commissions devraient siéger en privé et les plénières en public (Elster 1995 : 386).

Relations avec la population et les médias

L'administration de l'organe constituant doit veiller à ce que l'information soit régulièrement relayée au public (voir la partie 2.3.11 relative aux médias). Au Timor-Leste, un bref journal quotidien était publié dans plusieurs langues. D'autres méthodes peuvent être envisagées comme le bulletin ou le site Internet (qui serait utilisé par un nombre limité de groupes mais constituerait une ressource pour les médias et les ONG). Les règles ne statuent pas forcément dans le détail sur ces questions mais il serait sage qu'elles définissent clairement les responsabilités, sans que cela n'empêche la société civile de suivre et de faire connaître la teneur des travaux.

L'existence d'observateurs accrédités auprès de l'organe constituant constitue également un moyen de structurer la relation qui doit exister entre cet organe et la population. Ces observateurs représentent des organisations ou des intérêts qui, autrement, n'auraient pas l'occasion de se faire entendre. Il peut s'agir de professions, de groupes religieux, ethniques ou linguistiques ou alors de certaines grandes ONG. Les observateurs ne doivent pas être trop nombreux, ce qui signifie qu'ils doivent représenter des groupes d'intérêt ou des thématiques significatifs (c'est-à-dire importants). Les groupes représentatifs d'intérêts ou de thématiques plus limités peuvent avoir accès aux travaux des commissions thématiques. Les observateurs se voient octroyer le droit d'assister aux réunions plénières et aux travaux des commissions, sans droit de parole ou de vote. Ils peuvent dialoguer de manière informelle avec les délégués en ayant le droit, par exemple, de se restaurer aux mêmes endroits. Ils ont ainsi l'opportunité de persuader, sans essayer, bien entendu, de contraindre.

Règles à appliquer à une commission ou tout organe similaire

Les règles qui s'appliquent à une commission constitutionnelle ou un organe similaire seront vraisemblablement plus simples que celles qui s'appliquent à une assemblée constituante. Cependant, en s'appuyant sur le bon sens et les règles que se sont dotées des commissions dans le passé, on peut suggérer les principaux éléments qui devraient figurer dans ce type de règlement :

- **Quorum** : il serait normal qu'en termes de pourcentage le quorum requis soit plus élevé pour une commission que pour une assemblée constituante. Cela permet d'éviter que des décisions importantes ne soient prises par un petit nombre de participants. Il s'ajoute à cela que, chaque membre d'une commission pouvant représenter différents intérêts, plus que dans une vaste assemblée, l'absence d'une seule personne ne peut signifier que des voix ne pourront être entendues ;
- **Notification de la tenue des réunions** : il est important que l'ensemble des membres soit dûment avisé de la tenue des réunions en temps voulu surtout lorsqu'un organe ne se réunit qu'occasionnellement ;
- **Procès-verbaux** : cet aspect peut être aisément omis lorsqu'il s'agit d'un organe de petite taille mais il est important de tenir un procès-verbal des travaux en bonne et due forme et de veiller à ce qu'il soit conservé en lieu sûr ;
- **Prise de parole** : il peut s'avérer tout aussi difficile de se faire entendre dans un petit groupe que dans une large assemblée.

Dans un petit groupe, de bonnes relations et même des liens d'amitié peuvent se nouer. Cela peut rendre la discipline plus difficile à imposer. Il est d'autant plus important donc d'asseoir des règles, même si l'atmosphère qui prévaut fait qu'il ne sera pas souvent nécessaire de les invoquer. Lorsque l'atmosphère se tend (cela est arrivé dans certaines commissions), l'existence de règles garantissant à chaque membre qu'il sera traité équitablement acquiert toute son importance.

2.5.2 Traitement des questions conflictuelles

Les constitutions contemporaines sont des documents complexes qui sont souvent le produit de processus participatifs impliquant des communautés ethniques, des groupes religieux, des associations professionnelles, des organisations de femmes, de jeunes, d'handicapés et de peuples autochtones, et qui couvrent une grande palette de questions à caractère politique. Par conséquent, il est vraisemblable que de nombreuses questions controversées puissent faire dérailler le processus d'élaboration de ces textes. Ces questions ne sont pas toujours aisément résolues à travers les procédures formelles de prise de décision. Il faut parfois recourir à des mesures spéciales qui sortent de ce cadre pour résoudre ces problèmes. Dans ce cas de figure, l'une des sources de difficulté est la nature transparente de nombreux processus contemporain (une résultante du degré élevé de participation publique) qui complique la négociation et la recherche de compromis. La combinaison de participation et de transparence rend difficile la résolution de ces questions conflictuelles.

Qu'est-ce qu'une question conflictuelle?

Ces questions doivent être distinguées des simples divergences d'opinion qui sont inévitables lorsque tant de décisions doivent être prises. Ces divergences sont normalement discutées et négociées au sein de l'organe délibérant et font l'objet d'un vote si nécessaire, la partie perdante acceptant alors l'issue du vote.

Par contre, les questions conflictuelles sont source de tension et même de conflits entre les personnes ou les parties impliquées dans la négociation. L'une des plus courantes (et insolubles) concerne la place des minorités et le rôle de la diversité dans l'État et la société. Dans le processus constitutionnel de l'Espagne après Franco, la question essentielle était la conception même de l'Espagne : devait-elle prendre la forme d'un État centralisé avec un peuple unifié, ou un État fondé sur la diversité ethnique et composé de régions autonomes ? Cette question, avec diverses variations, s'est posée dans le processus de l'élaboration des constitutions de nombreux pays, par exemple, en Bolivie, aux Fidji, en Irak, au Népal, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, en Afrique du Sud et au Sri Lanka. Des pays ont connu des divisions pour des questions économiques, politiques et sociales (cela a été le cas au Népal entre les Maoïstes et d'autres partis politiques). Dans d'autres pays, les motifs de division furent les frontières territoriales internes, la répartition des ressources naturelles, la laïcité contre la religion d'État, les langues officielles et les systèmes de gouvernement (souvent il s'agissait du choix entre un système parlementaire et un système présidentiel). Il apparaît donc clairement que les lignes de fracture varient selon le contexte.

La caractéristique commune à ces questions est qu'elles sont liées à des problèmes qui ont une importance considérable pour la situation matérielle des groupes concernés, qu'elles sont souvent exprimées dans des termes passionnels, et qu'elles sont fondées sur des revendications historiques accompagnées de récits de discriminations ou d'exploitation passées et des droits individuels ou collectifs. Les interprétations conflictuelles de droits ou d'ententes antérieures compliquent souvent la recherche de solutions. Ces questions ne peuvent être résolues de la même manière que de simples divergences, par exemple, par le vote. Dans les processus d'élaboration de constitutions, l'accent est aujourd'hui plutôt mis sur le consensus, en partie parce que les constitutions sont conçues dans des situations de conflit ou des situations postérieures à un conflit dans lesquelles des décisions prises à la majorité ne feraient qu'attiser les tensions au lieu de les évacuer. Les questions conflictuelles ne peuvent être ni escamotées ni traitées facilement.

On peut considérer qu'une question qui divise est une question dont la non-résolution est susceptible de causer des problèmes fondamentaux, et qui ne doit pas être réglée au moyen d'un vote à la majorité qui aurait pour conséquence de mettre en danger la légitimité de la constitution. Une autre dimension de ce type de question est qu'à défaut d'être résolue, aucune constitution ne peut prospérer lorsqu'il s'agit d'un problème crucial pour le texte, comme le système de gouvernement. Par exemple, lorsqu'une majorité des deux tiers est requise pour une décision et que l'opinion est profondément divisée à son égard, une décision positive est impossible. Une question peut être qualifiée de conflictuelle dans ce

sens même si elle n'est pas centrale - lorsque le vote d'un groupe peut engendrer le rejet d'un projet de constitution (cela peut arriver dans un référendum). Au Kenya [2010], les groupes intégristes chrétiens ont menacé de rejeter le projet de constitution si la référence aux tribunaux Khadi (musulmans) n'était pas retirée.

Il existe des questions qui divisent des pays entiers et des questions qui relèvent d'intérêts particuliers. Les premières sont notamment les désaccords au sujet du système de gouvernement et les secondes sont liées à l'application de droits individuels ou à la reconnaissance de tribunaux religieux. Ces questions posent des problèmes différents et requièrent donc des stratégies différentes.

Les questions conflictuelles naissent à diverses étapes du processus. Parfois, la question même de l'opportunité de la réforme constitutionnelle est source de division. Dans certains cas tragiques (au Kenya et aux Philippines), la question a été « résolue » par des violences dans la rue. Il est parfois difficile de s'accorder sur l'objet de la réforme. Aux Fidji, il a fallu six mois pour trouver un compromis, l'une des parties exigeant que la primauté des Fidjiens autochtones soit reconnue et l'autre souhaitant faire prévaloir le caractère multi-ethnique du pays.

Les questions conflictuelles peuvent émerger au cours du processus en raison, par exemple, de l'évolution de la situation politique (au Kenya, le changement de gouvernement à mi-chemin du processus a provoqué un changement fondamental dans la position d'un groupe essentiel qui est passé du soutien à un système parlementaire au soutien à un système présidentiel). En outre, il n'est jamais à exclure que des éléments perturbateurs ne créent une controverse au sujet d'une proposition autour de laquelle un consensus a déjà été obtenu.

Certaines questions conflictuelles peuvent nécessiter une solution rapide, sous peine de s'aggraver. Pour d'autres, il est préférable de donner le temps à une solution de mûrir. La manière de résoudre ces questions dépend de l'organe qui est chargé de prendre les décisions au sujet de la constitution. Les approches différeront s'il s'agit d'une commission d'experts, d'un parlement ou d'une assemblée constituante plus largement représentative. Dans le cas d'un référendum, ce sont des considérations totalement différentes qui s'appliqueront.

Nous en venons à présent à quelques stratégies et techniques spécifiques qui ont été mises en œuvre pour résoudre ce type de question :

- Certaines questions peuvent être résolues par une reconnaissance formelle et symbolique. Des groupes qui ont été marginalisés ou opprimés ressentent souvent un fort besoin de reconnaissance de leur souffrance passée et de leur place dans le nouvel ordre politique. Des négociations délicates peuvent s'avérer nécessaires pour la formulation permettant de parvenir à l'équilibre approprié (comme l'a montré le cas de l'Espagne). Une telle reconnaissance peut ensuite faciliter la résolution d'autres questions plus fondamentales ;
- Un blocage sur une question importante peut parfois être résolu par un référendum. La Grèce et l'Italie ont résolu le problème litigieux de l'avenir de la monarchie par voie référendaire (option explorée au Népal en 2006 et concrètement rejetée par les Maoïstes).

La question épineuse de la scission du canton suisse de Berne pour permettre aux habitants francophones du canton de disposer d'un espace qui leur soit propre a connu sa solution à travers une série de référendums sollicitant l'approbation des parties intéressées (ce qui a engendré la création du canton du Jura). La Cour Suprême du Canada a jugé que le référendum était la voie appropriée pour résoudre le problème de la sécession du Québec. On notera particulièrement le référendum aux Maldives portant sur le choix entre un système présidentiel et un système parlementaire dont le potentiel clivant est apparu au cours des travaux de l'assemblée constituante. Lorsque les négociations ont échoué, l'assemblée a décidé de s'en remettre au peuple et n'a repris ces travaux qu'après que celui-ci eut tranché. Au Kenya, lorsque le même problème s'est posé, avec le même risque de division, la société civile a plaidé pour qu'un référendum soit organisé afin que le peuple puisse faire son choix entre un régime parlementaire et un régime présidentiel. En Ouganda [1995] et au Kenya [2005], la loi relative au processus constitutionnel prévoit que le peuple soit saisi des questions litigieuses (c'est-à-dire celles qui ne sont pas susceptibles d'être résolues par un vote à la majorité des deux tiers). Contrairement au Kenya, l'Ouganda a usé de cette disposition pour trancher entre le système du parti unique et le multipartisme ;

- Un référendum produit un résultat, avec certainement la légitimité nécessaire, mais il peut aussi exacerber la polarisation. Lorsque le résultat du vote a été serré, la fracture au sein de la société et de la vie politique demeure et risque de peser négativement sur l'application de la constitution. Dans tous les cas, il est préférable d'éviter d'en arriver au référendum avant que des efforts sérieux aient été faits dans la négociation pour résoudre le problème ;
- Il peut être envisageable de résoudre le problème en se référant à l'opinion publique. Cette option est surtout possible lorsque le processus a été participatif et que les citoyens ont été largement consultés, et qu'une analyse soignée des opinions et des recommandations a été effectuée. Cette démarche est proche du référendum mais elle présente des différences importantes : l'opinion peut être prise en compte à diverses étapes et des équilibres trouvés. Les commissions constitutionnelles ougandaises et kenyanes se sont appuyées sur l'opinion publique pour résoudre des divergences. Mais cette méthode comporte un risque important de manipulation de l'analyse de l'opinion publique (qui peut être fragmentée et même source de division). Il convient aussi de prendre en compte la forte subjectivité qui existe parmi les décideurs ;
- Certaines questions conflictuelles peuvent être négociées par le simple recours à un délai de rigueur (une clause de caducité). Le groupe qui souhaite une disposition particulière, par exemple, la protection d'un droit particulier, peut être satisfait par l'octroi de ce droit pour une période donnée. Ceux qui s'opposent à cette protection seront rassurés par la durée limitée de la validité de cette protection. Cette approche a prévalu au moment de l'indépendance de la Rhodésie-Zimbabwe où la protection de droits spéciaux pour les colons européens liés à la terre et à la représentation politique a été limitée à dix ans. La constitution des Fidji dans son ensemble a été acceptée par les Indo-fidjiens et les

autres minorités avec l'assurance qu'elle serait réexaminée dans les sept années suivant sa promulgation (et effectivement, ce réexamen a eu lieu et a engendré des modifications de grande ampleur). Dans une certaine mesure, ce type de clause porte les caractéristiques d'une disposition transitoire, facilitant les négociations et permettant de donner le temps nécessaire à des ajustements psychologiques et matériels ;

- L'autre manière de traiter une question conflictuelle est à l'opposé de la clause de caducité. Elle consiste à repousser dans le temps la résolution dudit problème. Ce report intervient parce que la controverse est très vive et risque de briser un consensus global (comme en Irak il a été décidé de reporter la résolution du problème de Kirkouk, un territoire que se disputaient divers groupes ethniques avec en toile de fond une histoire agitée de migrations et d'expulsions ainsi que la présence de gisements considérables de pétrole). Parfois, on agit ainsi parce que les membres s'aperçoivent que l'information et l'opinion des citoyens font défaut pour prendre des décisions éclairées et concrètes et ne seront pas disponibles dans les délais prescrits. En général, ce type de report s'accompagne d'une entente autour des principes ou procédures qui s'appliqueront le moment venu ;
- On peut citer comme exemple de report le choix entre l'option du système du parti unique (c'est-à-dire pas de parti) et celle du multipartisme en Ouganda. L'Irak a reporté des décisions cruciales relatives au fédéralisme parce que ces problèmes ont été soulevés tardivement dans le processus et que la requête de prolongation du processus par le président de la commission constitutionnelle a été rejetée sous la pression des États-Unis. Dans les débats constitutionnels au sujet de la sécession et de l'indépendance de Bougainville, de la Nouvelle-Calédonie et du Soudan du Sud, les parties ont décidé de reporter la décision définitive en instaurant un système d'autonomie pour une période prescrite (par exemple, six ou dix ans) pour se donner le temps de voir si l'autonomie suffisait à satisfaire les exigences de la partie désireuse de faire sécession (avec la garantie qu'elle serait, à la fin de ladite période, en mesure d'exprimer sa préférence à travers un référendum « d'autodétermination »). Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie (qui fait partie des territoires d'outremer français) et du Soudan du Sud, la décision issue du référendum est contraignante alors que dans le cas de Bougainville, le référendum est consultatif et déclenche un nouveau cycle négociations entre Bougainville et la Papouasie-Nouvelle-Guinée ;
- A mi-chemin entre ces deux approches se trouve la possibilité de reconnaître des principes dans la constitution pour résoudre définitivement le problème et de décider plus tard des détails et de la mise en œuvre. En effet, la controverse apparaît souvent au sujet de détails. Ces questions peuvent être réglées avec l'aide d'experts ou à travers une enquête formelle ou alors par référendum (comme en Espagne) ;
- Un procédé proche consiste à permettre qu'une question, qu'elle soit restée irrésolue durant le processus ou qu'elle soit nouvelle, puisse être soulevée dans l'avenir. L'avantage de cette disposition est qu'elle évite tout sentiment d'enfermement ou d'exclusion. La possibilité donnée aux groupes qui ont des revendications spécifiques de les faire valoir dans l'avenir les réconcilie avec la constitution ;

- Cette approche connaît des variations. La constitution espagnole reconnaît le principe de l'autonomie mais elle précise que les droits précis qu'elle comporte pour les régions qui veulent s'en prévaloir feront l'objet de négociations et de référendum. Au Canada, l'opportunité de rouvrir un débat est surtout implicite. Il faut souligner que cette approche a été constitutionnalisée par la Cour Suprême du Canada lorsqu'elle a été interpellée au sujet du droit du Québec à faire sécession. Un cadre a alors été conçu aux termes duquel le souhait d'une partie du pays de faire sécession doit être négocié. Par la suite, grâce à cette décision ou pour d'autres raisons, la tension s'est estompée entre le Québec et les autres provinces du Canada ;
- La question conflictuelle peut être renvoyée devant d'autres organes. Il existe une technique particulière, compatible avec les approches décrites ci-dessus, qui consiste à confier le problème à un processus parallèle ou à venir, comme une commission conjointe ou spéciale, ou un groupe d'experts à qui il est demandé de faire des recommandations. Au cours de l'élaboration de sa constitution [1975], la Papouasie-Nouvelle-Guinée a mis en place une commission spéciale, composée notamment d'experts externes, ayant pour mission de recommander les mesures à prendre pour mettre en place un gouvernement provincial de large autonomie. Cette approche a été largement utilisée dans les processus de décolonisation, avec des commissions de spécialistes des questions électorales, du découpage territorial et électoral, des droits des minorités ou des transferts de pouvoir. Parfois, un problème était « résolu » par les garanties fournies par les autorités coloniales sortantes ou par les futures autorités sur le futur traitement des revendications du groupe concerné. Cette approche n'est pas satisfaisante en l'absence de garanties sûres. Il y a eu, en effet, des cas de non-respect des engagements ;
- Le règlement futur de la question par la voie législative ordinaire ou judiciaire est également une option envisageable. Il arrive qu'on parvienne à un accord de procéder ultérieurement au règlement de la question non pas à travers un processus constitutionnel mais plutôt dans le cadre parlementaire ordinaire, par la législation. On pourra également opter pour la voie judiciaire (pour des questions telles que la peine capitale, le mariage entre personne du même sexe ou l'avortement). Il est cependant peu vraisemblable que des questions qui divisent profondément la société puissent être résolues de cette manière. Il s'agit plutôt d'une stratégie conçue par un organe élaborant un texte et craignant une controverse au sein de l'organe délibérant ;
- L'ambiguïté constructive. Il est plus habituel que deux parties (ou plus) concluent un accord dont elles ont toutes une lecture conforme à leur position. C'est ce qu'on appelle une ambiguïté constructive. Les tribunaux qui peuvent être appelés à interpréter les dispositions en question se retrouvent alors dans une situation peu enviable, source de tension inutile ;
- Les concepteurs du processus peuvent anticiper certaines difficultés et prévoir des procédures spéciales pour les résoudre (nous avons déjà évoqué le recours au référendum dans ce but). Ces difficultés peuvent être liées aux modes de scrutin, à un processus de

négociation spécifique, ou aux deux. Les Sud-Africains ont ainsi utilisé le concept de « consensus suffisant » par lequel, lorsque deux acteurs majeurs d'un débat s'accordent sur son issue, les autres acteurs doivent l'accepter. Parfois, de manière plus informelle, les divergences entre deux partis peuvent être aplanies par les chefs des partis qui, eux, restent à l'écart des négociations au jour le jour. Cela est arrivé en Afrique du Sud, où Mandela et De Klerk ont tranché, et plus tard aux Fidji. La constitution de transition du Népal fournit un exemple intéressant. Lorsqu'une question ne peut être résolue par voie de consensus au sein de l'assemblée constituante, celle-ci saisit les chefs de tous les partis afin qu'ils trouvent une solution. Ils ont quatorze jours pour parvenir à un consensus à soumettre au vote de l'assemblée. S'il n'y a toujours pas d'unanimité, un autre vote est effectué pour lequel une majorité d'au moins deux tiers de l'assemblée est requise. Avec cette procédure il est fort possible qu'aucune décision ne soit prise en fin de compte ;

- Le processus kenyan [2010] est un autre exemple de procédure particulière. D'une certaine manière, l'ensemble de ce processus a porté sur des « questions litigieuses » (opposant pour l'essentiel des partis politiques) qui bloquaient l'adoption d'une constitution depuis 2004. Une démarche complexe a donc été conçue avec notamment un comité d'experts indépendants (nommés par le parlement) travaillant en lien avec le peuple et la commission parlementaire en charge de la constitution. Ce comité d'experts devait déterminer les questions qui posaient problème en comparant, en particulier, les trois précédents projets de texte. Ses propositions, une fois validées après consultation du parlement, devaient être soumises à référendum. Il était implicitement entendu dans cette loi préparée à travers un accord entre les partis politiques que le peuple accepterait la solution législative ;
- Obtenir l'appui de tierces parties. Les questions conflictuelles se résolvent de plus en plus hors du cadre formel de l'élaboration de la constitution, et souvent avec l'aide de tierces parties. Nous avons déjà mentionné quelques mécanismes locaux pour ce faire. Cependant, dans beaucoup de cas, ces interventions sont le fait d'acteurs internationaux ou bilatéraux. Cela est souvent le cas dans les processus d'élaboration de constitutions qui se déroulent en situation de conflit ou postérieures à un conflit. La Norvège est ainsi intervenue au Sri Lanka, l'Union européenne et les États-Unis au Soudan, le Groupe d'éminentes personnalités africaines et l'Union africaine au Kenya, les États-Unis et les Nations Unies en Irak, les États-Unis en Irlande du Nord, les États-Unis et l'Union européenne dans les Balkans, les Nations Unies en Afghanistan, au Cambodge, en Namibie et au Timor-Leste, et l'Australie et la Nouvelle-Zélande dans les négociations Papouasie-Nouvelle-Guinée/Bougainville. Le rôle de ces parties est parfois formel (au Soudan, comme c'est souvent le cas, les Nations Unies sont intervenues dans le cadre de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies). L'intervention se concrétise généralement sous la forme d'un bureau du représentant spécial pour la résolution d'un conflit. Ces interventions entraînent souvent la marginalisation des communautés locales et vont généralement à l'encontre de l'esprit et de la lettre du cadre juridique des processus d'élaboration de constitutions comme on l'a vu en Irak [2005].

2.6 Le texte constitutionnel : cohérence et rédaction

2.6.1 Assurer la cohérence des dispositions constitutionnelles

L'objectif d'un processus d'élaboration de constitution est de parvenir à un texte acceptable, applicable et juste. L'« applicabilité » d'une constitution englobe notamment l'adéquation entre la conception du texte et les conditions qui prévalent dans le pays, mais aussi des questions telles que la capacité du pays à le mettre en œuvre, son coût probable, le nombre de recours qu'il générera, et ainsi de suite. La lisibilité du texte, sa longueur et sa durabilité sont des considérations d'une importance relativement moindre.

La « cohérence » (l'harmonieuse synergie des différents volets de la constitution) est une notion quelque peu différente en ce qu'elle recouvre un certain nombre d'éléments dont certains influent sur l'applicabilité alors que d'autres relèvent plus de l'acceptabilité ou même du style.

Incohérence

Une constitution peut s'avérer incohérente à divers égards, notamment car :

- Les « éléments pratiques » (mécanismes et procédures) n'en reflètent pas la philosophie telle qu'elle est déclinée, par exemple, dans le préambule et les parties relatives aux valeurs nationales et aux droits humains ;
- Les diverses parties du système de gouvernement mis en place ne s'articulent pas bien les unes avec les autres, alors que le but recherché est l'existence d'un système de contrôle mutuel et d'équilibre entre les différents éléments ;
- Il s'avère même impossible que certains éléments du système de gouvernement puissent travailler ensemble (pour des questions de dates ou d'autres motifs fondamentaux d'incompatibilité) ;
- Le texte est rédigé dans plusieurs styles différents ;
- Certaines parties du texte sont très détaillées dans la rédaction alors que d'autres restent au niveau des principes ;
- Des termes sont utilisés de manière différente dans diverses dispositions ou des mots différents peuvent être appliqués au même concept ou à la même institution. Il ne s'agit pas là d'une simple question de style. La compréhension et l'application du texte peuvent en souffrir ;
- Des répétitions qui peuvent être source de confusion, de difficultés de lecture et aussi de problèmes de compréhension ;
- Le document est si mal organisé qu'il est difficile de rechercher et de trouver des éléments précis, et le lecteur risque de ne pas s'apercevoir que ce qu'il lit est atténué ou complété par une disposition qui figure ailleurs dans le texte.

Encadré 31. Le parlement, source d'incohérences dans la constitution des Fidji

Aux Fidji, en 1997, une commission parlementaire prit en charge la phase finale de l'élaboration de la constitution après avoir reçu d'un comité mis en place à cet effet un ensemble complet et cohérent de propositions, et introduisit un mécanisme de partage du pouvoir (qui avait déjà été rejeté par le comité) par lequel tout parti détenant un nombre significatif de sièges au parlement pouvait être représenté dans le gouvernement. Les membres de la commission n'avaient pas pris en considération les implications de ces éléments sur d'autres aspects de la constitution (et les contraintes de temps ne permettaient pas à quiconque, pas même les conseillers techniques, de s'apercevoir des problèmes ainsi créés). On peut citer, par exemple, les dispositions relatives au Sénat. Pour garantir que cet organe inclue un élément « non gouvernemental », la proposition originelle consistait à demander au chef de l'opposition de nommer certains membres du sénat. Cette proposition fut retenue par la commission parlementaire. Mais en même temps, la constitution prévoyait que ces sénateurs devaient provenir de partis habilités à être représentés au sein du gouvernement. Ainsi, ils devaient être nommés par le chef de l'opposition, mais sans appartenir à l'opposition et sans représenter une voix non gouvernementale.

L'incohérence naît de diverses causes, notamment du fait que :

- La société civile met l'accent sur les « valeurs » alors que les politiques insistent sur le pouvoir et les experts sur l'« applicabilité » ;
- Les modifications du texte sont effectuées tardivement ;
- Des rédacteurs ont tendance à ne travailler que sur une partie du document, ou même sur un article, à la fois ;
- Des propositions sont réparties entre plusieurs commissions, d'une manière qui entraîne des chevauchements ;
- L'on a recours à des non experts pour la rédaction du texte, au lieu de les cantonner aux idées ;
- Il est presque inévitable qu'un organe composé de personnes dotées d'une certaine connaissance et non d'une connaissance certaine de la matière constitutionnelle (peu de pays peuvent se prévaloir des services de nombreux experts de grande qualité) se saisisse d'une idée sans en comprendre toutes les implications ou même sans savoir comment elle a fonctionné ailleurs ;
- Le plagiat de divers modèles étrangers existe ;
- Il se peut que des rédacteurs aux styles variés travaillent sur différents aspects du texte ;
- La précipitation ;
- La réticence à recourir à des experts, une certaine arrogance de la part de ceux (habituellement des politiques mais parfois aussi des juristes) qui estiment avoir les compétences et le mandat requis.

Éviter les incohérences

Tous ces risques peuvent être évités par une planification soignée du processus qui est, pour l'essentiel, l'objet de ce manuel. Cette planification doit être faite non seulement par ceux qui ont officiellement la charge du processus, mais aussi par ceux qui souhaitent peser sur celui-ci, notamment les partis politiques et la société civile en général.

Les stratégies suivantes peuvent aider précisément à éviter les nombreux pièges évoqués ici :

- Disposer à l'avance ou adopter très tôt un ensemble de principes directeurs (voir partie 2.1.8). Ces principes seront probablement généraux, alors que les questions de cohérence touchent au détail ;
- La société civile ne doit pas insister uniquement sur les valeurs et les droits. Elle doit aussi s'efforcer de comprendre que les aspects techniques sont importants pour la réalisation de leur objectif ;
- Accepter la nécessité de recourir à l'expertise technique appropriée au moment de la prise de décision, même pour la mise en œuvre effective des compromis politiques nécessaires ;
- Mettre en place un « comité d'harmonisation » compétent (on en trouve d'habitude dans les assemblées constituantes) qui sera chargé de collationner les divers éléments du texte pour en assurer la cohérence globale ;
- Réduire autant que possible le nombre de rédacteurs techniques et veiller à ce qu'ils soient à la fois compétents et familiers du style à adopter ; veiller à désigner une personne responsable de la rédaction avec l'autorité requise pour donner des instructions aux rédacteurs quant aux termes et au style à utiliser et élaborer un manuel stylistique pour le processus en cours ;
- Préparer un glossaire des termes à utiliser, avec leur traduction dans les principales langues et veiller à ce qu'il soit utilisé ;
- Mettre en place un calendrier fonctionnel ;
- Imposer une philosophie du travail qui bannisse toute procrastination, si l'on veut que le calendrier soit tenu. Autrement, les étapes importantes vers la fin du processus risquent d'être serrées. C'est le rôle important des présidents des organes concernés ;
- Éviter le niveau de connaissances superficiel en organisant des travaux de groupes approfondis sur des questions particulières, en invitant des experts locaux et étrangers à y participer et des visites d'études qui permettent d'acquérir une expérience pratique des sujets étudiés.

2.6.2 Rédaction du texte de la constitution

Une constitution est un document politique et juridique. Dans l'idéal, elle doit être :

- Compréhensible pour tous ;

- Utilisable par le personnel politique et administratif ;
- Se prêter à l'interprétation par les tribunaux.

Les lecteurs doivent tous trouver le même sens au texte du document. Le but du rédacteur doit être la prévisibilité. Celle-ci n'existe pas si les citoyens, la classe politique et les tribunaux tirent des conclusions différentes du texte quant à la signification de son contenu.

Cette affirmation peut être atténuée dans une certaine mesure. En effet, les citoyens peuvent tirer de leur lecture du texte des conclusions différentes de celles des juristes. Mais ces différences ne doivent pas porter sur le fonctionnement du système de gouvernement. Elles seront de l'ordre du sentiment d'appropriation : ce document est-il « leur » document ? Leur parle-t-il ? Y-trouvent-ils un écho ?

L'art de la rédaction constitutionnelle consiste à créer le lien avec tous ces types de lecteur. Mais tout juriste se dira convaincu que cet écho auprès du peuple ne doit empêcher la recherche de la plus grande prévisibilité possible. Contrairement à la plupart des lois, une constitution comporte une grande diversité de composantes dont certaines se prêtent plus que d'autres à l'adhésion des populations.

Parfois, c'est intentionnellement que l'on laisse aux tribunaux le soin de décider du sens d'une disposition. L'exemple de l'Afrique du Sud évoqué plus haut (voir la partie 2.2.3) montre que l'assemblée constituante n'ayant pas réussi à s'accorder sur la question de la peine de mort, a décidé qu'il reviendrait aux tribunaux de déterminer si le principe du « droit à la vie » avait une incidence sur la peine capitale.

L'interprétation par les tribunaux

Selon Diana Yankova, « le rédacteur doit se rappeler à tout moment qu'il écrit pour un lectorat hostile. Son texte sera interprété dans le prétoire par des parties en guerre » (Yankova 2006). Le profane aura du mal à comprendre la nécessité d'exprimer une idée d'une manière intelligible pour les tribunaux mais les juristes souhaitent l'utilisation d'un langage précis, qui peut parfois sembler aride, et user de mots déjà employés dans d'autres constitutions. Dans un processus constitutionnel, il est important de veiller particulièrement au langage utilisé dans la rédaction du texte, même lorsque c'est le peuple qui mène le jeu. Prenons un exemple simple : dans le processus kenyan, les militants écologistes, dans leur enthousiasme ont voulu imposer l'idée qu'au moins 10 pour cent du territoire du pays devait être couvert d'arbres (le Kenya était alors largement en dessous de ce chiffre) et ont rédigé une disposition qui stipulait que « toute parcelle de terre devait être couverte d'arbres sur 10 pour cent de sa surface », ceci dans un pays en partie semi-désertique.

Dans l'interprétation d'un document juridique, les tribunaux partent de certaines hypothèses. Par exemple :

- Des éléments de langage déjà utilisés ailleurs doivent conserver la même signification ;
- Tout changement dans ces éléments de langage signifie une intention d'altérer cette signification.

Les tribunaux tiennent compte de l'interprétation que d'autres tribunaux ont donné aux termes qui leurs sont soumis, et aussi du droit international si celui-ci est la source du texte à interpréter. Ils réfléchiront également aux détails :

- « inclut » n'a pas le même sens que « signifie » ; et
- « devra » ou « doit » n'ont pas le même sens que « peut ».

Il y a de nombreuses traditions bien établies dans l'interprétation que donnent les tribunaux de certains aspects d'une constitution. Le préambule, en particulier, et les « principes directeurs » souvent ne sont pas traités comme des règles mais plutôt comme des indications. Les citoyens trouvent en général ces parties du texte plus faciles d'accès et peuvent être déçus lorsqu'ils s'aperçoivent qu'elles ont une portée juridique limitée.

Styles de rédaction

La tradition de la rédaction juridique est plus vaste en Europe continentale et dans les pays qui ont adopté les traditions européennes et l'interprétation y tient plus compte de l'esprit des lois que de la lettre de celles-ci. La tradition des pays de *common law* (Angleterre et anciennes colonies britanniques) est, par contre, plus portée sur le détail. Les textes constitutionnels ont aussi tendance à être plus concis aux États-Unis. Ces différences se sont beaucoup atténuées dans la pratique moderne de l'élaboration constitutionnelle, notamment pour les raisons suivantes :

- La nature participative des processus ;
- L'influence du droit international ;
- Le rôle des forces occupantes, des institutions et des ONG internationales ;
- Les emprunts constitutionnels ;
- La rigidité et la complexité moindres, même dans les pays de *common law*, de la rédaction constitutionnelle en comparaison avec les textes ordinaires (parce qu'une constitution est un document aussi politique que juridique).

Dans certains pays (ou pour certains juges), il est habituel de tenir compte des débats qui ont eu lieu au moment où le texte a été élaboré. Dans d'autres pays, cette approche est inhabituelle ou même limitée par la loi.

Les différentes étapes de la rédaction

Il existe trois « étapes intellectuelles » dans la production d'une disposition constitutionnelle :

- L'adoption de l'idée (par les personnes ayant une expertise des affaires politiques, juridiques et autres) ;
- La conception juridique de la disposition (par les constitutionnalistes, avec des experts en sciences politiques et d'autres techniciens) ;
- La préparation d'un texte final (par les rédacteurs juridiques en étroite collaboration avec le comité de rédaction).

Cette démarche claire - qui prévaut dans de nombreux processus législatifs nationaux - n'est pas toujours applicable en matière constitutionnelle. Un projet de texte final est souvent

préparé très tôt dans le processus, ou alors on a recours à des textes existants plutôt que de commencer par les idées parce que :

- Les juristes ou les politiques sont plus à l'aise avec des dispositions déjà existantes ;
- Un parti politique a déjà produit une proposition de texte ;
- Des conseillers (locaux ou étrangers, nationaux ou internationaux) ont fait des suggestions concrètes ;
- Un comité ou une commission chargée de produire des idées pour alimenter l'assemblée constituante le fait sous forme de projets de textes ;
- Il y a des contraintes de temps.

En outre, les rédacteurs techniques peuvent être impliqués bien plus tôt que ce n'est le cas d'habitude dans le travail législatif national ordinaire. Cette approche est positive en ce qu'elle permet aux concernés d'avoir une idée précise des souhaits des membres. Elle peut cependant mettre à mal la patience des rédacteurs qui, au lieu de travailler sur la base d'instructions clairement formulées, doivent discuter et essayer de comprendre les exigences des membres. Il est souhaitable que les rédacteurs aient une bonne connaissance de la culture et des symboles de la société à laquelle est destiné le texte.

Encadré 32. Rédaction du texte de certaines constitutions modernes

Fidji : La Commission Reeves qui a soumis les propositions ne comprenait pas de juristes. Elle bénéficiait cependant des services de deux conseillers juridiques. Son rapport contenait des propositions d'éléments de langage relatifs à de nombreuses dispositions. Mais la rédaction finale de la constitution a été confiée à un rédacteur en Australie.

Inde : La loi constitutionnelle indienne de 1935 a largement inspiré l'assemblée constituante. Le conseiller constitutionnel B. N. Rau, historien, juge et rédacteur de qualité, a préparé un texte sur la base des rapports des principales commissions de l'assemblée, de la loi de 1935, de la constitution des États-Unis, de la constitution irlandaise et d'autres ressources. Un comité de rédaction (aux travaux duquel il a participé) a poursuivi cette besogne et a procédé aux modifications finales après les débats en plénière de l'assemblée constituante.

Kenya : Des rédacteurs juridiques (originaires de plusieurs pays) ont participé à la préparation du premier projet de texte, en travaillant parallèlement à la commission. Certaines dispositions sont tirées des constitutions ougandaise et sud-africaine. Les rédacteurs ont assisté la plupart des commissions et révisé le texte à la lumière des décisions de l'assemblée constituante.

Afrique du Sud : La constitution intérimaire de 1993 a été négociée dans une grande mesure par les parties. Celle de 1996 a été préparée par l'assemblée constituante. Dans les deux cas, des experts techniques ont été mis à contribution. De nombreux rédacteurs ont travaillé sur le texte définitif et l'un d'entre eux a ensuite été désigné pour produire un texte dans un langage simple et neutre du point de vue de la parité hommes-femmes.

Ouganda : La commission a mis en place un comité de rédaction et a aussi eu recours aux services de deux rédacteurs professionnels.

Vanuatu : Il n'y a pas eu d'encadrement juridique de l'assemblée constituante. La majeure partie de la rédaction a été effectuée par le conseiller juridique (un étranger) et des partis politiques locaux, avec des contributions d'un juriste expérimenté de Papouasie-Nouvelle-Guinée.

Le travail du rédacteur technique

La rédaction législative est une spécialité dans le domaine du droit. La plupart de ceux qui deviennent des rédacteurs ont une expérience de la pratique juridique à laquelle s'est ajoutée une formation particulière en rédaction. Leur travail consiste généralement à restituer aussi clairement que possible les idées de leur client, dans des termes susceptibles de passer l'épreuve du juge (c'est-à-dire qui seront compris identiquement par les juges et par eux-mêmes). Dans certaines traditions juridiques, notamment en Europe, la profession n'existe pas. La rédaction est généralement effectuée par des fonctionnaires formés au droit.

En matière d'élaboration de constitution, la tâche des rédacteurs est plus exigeante. Il s'avère plus difficile de comprendre les souhaits des clients lorsque ceux-ci sont des représentants du peuple et non les juristes d'un gouvernement. Une constitution influe sur toutes sortes d'autres lois et les rédacteurs doivent être conscients de toutes ses répercussions. Enfin, il est particulièrement important qu'une constitution soit rédigée dans un langage clair et même éloquent. Il est particulièrement important de comprendre que le rédacteur ne doit pas seulement se préoccuper des mots. Comme cela a été dit, « afin d'exprimer clairement une idée dans la constitution, le rédacteur doit d'abord comprendre l'idée et sa place dans l'univers des idées constitutionnelles ». Ce type de rédaction est un art qui consiste à :

- Appliquer l'imagination, la logique et la raison aux questions juridiques ;
- Allier des choix politiques à des objectifs fonctionnels ;
- Concevoir des instruments juridiques pour réaliser ces objectifs ;
- Ciseler chaque phrase juridique par une formulation adaptée à sa fonction particulière ;
- Choisir les meilleurs termes pour communiquer ces fonctions efficacement et succinctement.

Rédaction du texte constitutionnel

Lorsqu'on s'attelle à la préparation d'une nouvelle constitution, il est fort tentant de jeter un regard sur ce qu'ont produit d'autres pays et de se livrer à un simple exercice de « copier-coller ». Cela arrive souvent. Mais il faut bien comprendre qu'une constitution doit être comprise dans le contexte historique et politique du pays concerné et aussi qu'il existe différents styles de rédaction. On distingue, par exemple :

- L'approche du « techniquement nécessaire » : c'est l'approche classique qui consiste à n'inclure que des dispositions juridiquement contraignantes et à distinguer clairement ce qui doit relever d'une constitution de ce qui doit être réservé à la législation « ordinaire » ;
- L'approche « didactique » qui est la démarche adoptée en Papouasie-Nouvelle-Guinée où les rédacteurs ont compris que la conduite d'un État était une notion totalement étrangère à la plupart des citoyens. Ainsi, la constitution de ce pays est probablement la plus longue du monde (pour un pays de quelques millions d'habitants) et constitue un véritable « manuel de l'utilisateur » de l'État ;
- L'approche des « principes explicatifs » qui a servi en Afrique du Sud : la plupart des chapitres de la constitution sont précédés de quelques principes destinés à préciser à l'intention des politiques, des agents de l'État et des citoyens l'objet des dispositions qui suivent ;
- L'approche de l'« ouverture » : le langage employé est adapté pour le peuple autant que pour les institutions et les personnes chargées de mettre en œuvre la constitution ;
- L'approche « fourre-tout » qui a prévalu dans certains pays d'Amérique latine : elle est très détaillée, en particulier en ce qui concerne certaines questions d'actualité comme les droits des peuples autochtones (et elle pourrait s'appliquer à la constitution à venir du Népal).

Des différences peuvent se présenter en raison de traditions politiques et juridiques locales, de la participation des citoyens au processus, de l'invocation d'instruments internationaux, du degré de confiance ou de défiance vis-à-vis des institutions et de la contribution des rédacteurs. S'il existe une tendance générale à la similitude d'un pays à l'autre, les traditions, les attentes et les pratiques peuvent toujours changer dans tout pays.

Problèmes rencontrés dans le travail de rédaction

Les rédacteurs sont familiers des éléments ci-après, mais il est souhaitable que ceux qui ont recours à leurs services et doivent leur expliquer leurs besoins les aient à l'esprit, tout en ayant le souci de comprendre l'art de la rédaction juridique.

La langue

Dans la plupart des pays, le nombre de langues officielles est réduit (il y en a souvent qu'une seule) et les lois ne sont pas nécessairement traduites dans toutes ces langues. En tant que loi fondamentale d'un pays, la constitution, elle, devrait être déclinée dans autant de langues que possible. Les rédacteurs estiment que cette nécessité rejaillit (en le simplifiant) sur le style de la rédaction dans la langue originelle.

Pour faciliter la tâche aux rédacteurs, il est nécessaire d'élaborer un glossaire afin que le même mot ou la même expression soit toujours traduite de la même manière.

Le besoin de certitude juridique requiert qu'une seule version de la loi fasse autorité. Il s'agit souvent de la version qui est en vigueur au moment de la rédaction du texte parce que c'est celle-là qui a bénéficié de la contribution des experts.

Il convient de prendre une décision quant au moment où la traduction doit être faite et à l'opportunité de traduire les projets de texte successifs. Il peut s'avérer utile de traduire la constitution définitive à des fins d'éducation civique. Si cette traduction est bien faite, elle sera utile pour de futures traductions (voir la partie 2.3.9).

« Un langage simple » ou d'autres langues

La tendance actuelle est à l'usage d'un langage plus simple que dans les textes de loi. En Afrique du Sud [1996], un rédacteur juridique a été nommé justement pour assurer que le langage du texte final de la constitution soit rédigé dans une langue « accessible ». Ce rédacteur a cependant veillé à bien faire comprendre que si « la simplicité, la précision et la clarté » étaient souhaitables, elles ne pouvaient être que des moyens de réaliser l'objectif ultime de prévisibilité.

Principes d'inclusion et d'accessibilité

Dans la tradition anglaise de la rédaction, il y avait une tendance à « masculiniser » le langage constitutionnel, en utilisant le pronom masculin « il », qui englobe le pronom féminin « elle ». Il est possible d'éviter cette tradition maladroite et sexiste. D'autres langues ne posent pas ce problème précis mais n'en contiennent pas moins certaines certitudes quant aux titulaires d'une fonction. Ainsi, en hindi et en népalais, le mot « président » signifie littéralement « mari de la nation », ce qui peut être source de controverse. La langue recèle toutes sortes de particularités culturelles dont les rédacteurs doivent tenir compte.

Longueur

Nombreux sont ceux qui estiment que les constitutions les plus courtes sont les meilleures. En fait, elles ne doivent pas être plus longues que nécessaire. Une longueur excessive risque de décourager une lecture attentive et des mots redondants sont susceptibles de nuire à une bonne interprétation. Mais il n'y a pas que la longueur qui compte : chaque disposition doit avoir sa raison d'être. Les éléments qui font que certaines constitutions sont plus longues sont notamment :

- Plus de thématiques traitées ;
- Plus d'idées ;
- Plus de mots que nécessaire ;
- Une constitution jouant le rôle de « manuel de gouvernement » à l'instar de la Papouasie-Nouvelle-Guinée (voir annexe A.9) et dans certaines constitutions récentes en Afrique ;

- Dans le cas d'un système fédéral, l'absence de constitutions distinctes pour chaque État fédéré (contraste entre l'Inde où les constitutions des États sont incluses dans la constitution nationale et les fédérations plus anciennes comme l'Australie et les États-Unis, où les constitutions des États sont séparées).

Structure constitutionnelle

Il existe des manières d'organiser une constitution pour la rendre plus digeste, notamment celle qui consiste à placer les détails (en particulier s'ils peuvent faire l'objet d'une loi ordinaire) dans des annexes. Dans certains pays (en Papouasie-Nouvelle-Guinée, par exemple), la constitution prévoit des lois spécialement consacrées au détail du fonctionnement de l'État, plutôt que de tout inclure dans la constitution elle-même. Ceci pourra inclure les élections et les tribunaux. Elles pourront être dénommées « lois organiques » et être plus difficiles à modifier que les lois ordinaires, mais moins que la constitution elle-même.

L'ordre même des chapitres de la constitution est porteur de sens : le président est-il plus important que le parlement ? Les droits sont-ils moins importants que l'État ?

Risques et dangers

Dans un processus aussi complexe que celui de la préparation d'une constitution, le risque de déraillement est permanent. Même la rédaction technique présente des risques - pour le processus et pour les rédacteurs. Des perturbateurs ou des porteurs d'intérêts particuliers peuvent tenter d'influencer les rédacteurs, de retarder le processus ou de modifier le texte. Des précautions peuvent être souhaitable afin de :

- Veiller à ce que ce qui a été décidé sur le fond soit parfaitement clair ;
- Veiller à ce que les rédacteurs techniques sachent clairement auprès de qui ils doivent prendre leurs instructions ;
- Préserver la version « mère » du texte de toute perte ou manipulation.

Quelques éléments à l'intention des rédacteurs

Ce manuel ne s'adresse pas particulièrement aux rédacteurs qui peuvent s'appuyer sur leur propre expertise et leur expérience et peuvent consulter des ressources plus détaillées. Cependant, voici quelques éléments importants tirés des écrits de rédacteurs expérimentés :

- Il n'appartient pas au rédacteur d'être le « visionnaire, négociateur ou avocat de la constitution » (Knight 2008) ;
- Le groupe dont il applique les instructions n'est pas le seul client du rédacteur. Il travaille pour toute la nation ;
- Une constitution doit être un document cohérent. Les changements de dernière minute, les emprunts littéraux à d'autres textes sans égard pour la cohésion d'ensemble du texte doivent être évités (Lynch 1988) ;

- Les constitutions doivent dire ce qu'elles veulent dire et non se fonder sur des conventions ou des fictions, en particulier dans les pays qui ne sont pas habitués à en avoir une (par exemple, il ne faut pas dire que le chef de l'État doit tenir compte d'un avis lorsque l'intention est de dire qu'il doit suivre cet avis) (Lynch 1988).

2.7 Adoption et mise en œuvre de la constitution

Ayant examiné le processus par lequel le contenu d'une constitution est élaboré, y compris la manière dont les citoyens y participent, nous en arrivons à présent aux étapes finales, l'adoption formelle, l'entrée en vigueur et ce qui fait du document une réalité.

L'adoption s'avère être une phase étonnamment complexe. Elle peut comporter plusieurs étapes qui sont toutes juridiquement importantes mais aussi lourdes de symboles et d'importance politique.

L'application est aussi un processus juridique qui consiste à élaborer des lois et à créer des institutions qui ont une influence sur le pays et la manière dont il est gouverné. Mais elle est aussi une affaire politique, une question d'attitudes autant que de droit.

2.7.1 Adoption, ratification et promulgation

Les actes de décision les plus formels dans un processus d'élaboration de constitution consistent à accepter le document et à lui donner force juridique. Le moment exact où la constitution acquiert force de loi - lorsqu'un pays peut dire « Voici notre constitution » - diffère étonnamment d'un processus à l'autre. Et avant ce moment, il peut y en avoir eu un autre où le pays a pu se dire « À présent, personne ne peut empêcher ce texte de devenir notre constitution ».

On peut distinguer divers actes qui n'interviennent pas dans tous les processus et qui n'ont pas les mêmes effets juridiques dans tous les processus. Voici un exemple imaginaire qui comporte plusieurs phases :

- L'assemblée constituante adopte le texte (adoption) ;
- La cour constitutionnelle l'entérine, jugeant qu'il respecte les principes énoncés dans le processus de paix (validation ou certification) ;
- Le peuple l'approuve par référendum (ratification) ;
- Le président signe le document (assentiment) ;
- Le texte est publié au journal officiel (cette étape pourrait être intitulée « promulgation ») ;
- Le texte acquiert force de loi (au moment où le président le signe, ou au moment où il est publié) ;
- Certains aspects de la nouvelle constitution prennent effet dès qu'elle acquiert force de loi, mais la constitution elle-même stipule que d'autres aspects ne prendront pas effet pendant une certaine période ou avant qu'un événement donné n'intervienne.

- Dans certains pays, un seul événement intervient : l'assemblée constituante adopte le document qui acquiert immédiatement force de loi et prend effet dans son ensemble, sans qu'aucun autre acte ne doive être effectué. Ce dernier cas se retrouve surtout dans les pays dans lesquels il n'existait pas préalablement de constitution. Certains pays ont des traditions plus complexes que d'autres en matière d'entrée en vigueur des lois.

Encadré 33. Entrée en vigueur de la constitution en Érythrée [1997] : une erreur

Bereket Habte Selassie, Président du processus constitutionnel érythréen a déclaré : « Ce fut une erreur de ne pas fixer une date effective, ou au moins de ne pas préciser un délai maximal au-delà duquel la Constitution entrerait pleinement en vigueur » (Selassie 2003 : 312-13).

Adoption

Il est d'usage qu'une règle stipule parfaitement la procédure d'adoption (un certain pourcentage de l'assemblée constituante ou du parlement doit adopter l'ensemble du document, par exemple). La constitution intérimaire du Népal, chose rare, prévoit seulement que le préambule et chaque article soient adoptés, sans disposition permettant l'adoption de l'ensemble du document. Les règles de l'assemblée constituante précisent que le préambule est adopté en dernier et qu'ensuite un vote serait effectué pour l'adoption de l'ensemble du texte. Cette règle risque de s'avérer anticonstitutionnelle.

Les règles applicables en matière d'adoption requièrent souvent des « super-majorités » en lieu et place de l'habituelle majorité des législateurs présents et votants. Il arrive que l'on requière le soutien d'un nombre de membres égal à plus de la moitié des sièges de l'assemblée (soit 65 pour cent, les deux tiers ou même 75 pour cent). Différentes majorités peuvent être requises en fonction des modifications à adopter.

On pourra décider que le dernier acte de la procédure sera l'adoption du texte par l'assemblée constituante. En d'autres termes, il se peut qu'il n'y ait pas d'exigence de ratification par le peuple ou d'une quelconque signature formelle. Dans un pays qui respecte le principe de continuité juridique, il est possible qu'il faille adopter une loi amendement la constitution par les procédures habituellement appliquées aux lois ordinaires. Cela implique presque toujours la signature du chef de l'État. En Papouasie-Nouvelle-Guinée cependant, seul le parlement a le pouvoir d'adopter des lois. Son président signe un document pour certifier que les textes ont été correctement adoptés, sans que cette signature n'en fasse une loi. Dans certains cas, il est difficile de savoir si les procédures ordinaires s'appliquent à l'adoption d'une constitution ou si une procédure particulière est requise.

Des règles peuvent être conçues pour empêcher l'adoption précipitée d'amendements (une source d'abus dans plusieurs pays) : au Ghana, les propositions d'amendement doivent être

publiées à deux reprises dans le journal officiel à trois mois d'intervalle et pour certaines modifications une période de six mois de préavis est prévue.

Ratification

La « ratification » est le processus par lequel une décision prise ou un acte effectué par une entité devient juridiquement exécutoire en étant validée par une autre entité. Ce processus a lieu, en l'occurrence, une fois que le peuple a approuvé une constitution. Il revêt généralement la forme d'un référendum ou d'un plébiscite (voir la partie 3.5). Dans certains pays, tout référendum sur la constitution est prohibé (Haïti et Portugal).

Dans un référendum, il s'agit souvent de demander à l'ensemble de l'électorat de voter « Oui » ou « Non ». Dans le cas d'un pays fédéral, la constitution peut devoir être ratifiée séparément par chaque État, région ou province. Cela peut signifier que le décompte des voix se fait séparément dans chaque État. Mais la constitution des États-Unis n'a pris effet qu'après sa ratification par un vote de la convention des États - pas par le peuple - à une majorité d'au moins neuf des treize États. Du reste, il était entendu qu'elle n'entrerait en vigueur que pour les États qui l'auraient ratifiée. En fin de compte, les treize le firent.

Un processus de ratification est assez similaire à une campagne électorale, avec un parti pour la constitution et un parti contre. Il est différent d'un processus de consultation publique en ce qu'il n'offre presque pas de possibilité de modifier le document en question. Dans le processus des États-Unis, il n'était pas inhabituel qu'un membre de l'assemblée constituante participe aux débats publics.

Dans un processus de ratification idéal, le vote se déroule au même moment sur l'ensemble du territoire. Aux États-Unis cependant, chaque État a organisé son propre processus de ratification, à des moments différents. Il n'est pas évident dans ces conditions que le vote dans les derniers États à y procéder n'ait pas été influencé par les résultats recueillis dans les premiers. Des États ont ainsi pu être persuadés de voter « Oui ». Mais on peut aussi imaginer que ces résultats aient influé négativement sur la participation et faussé les résultats (voir la partie 3.4.2).

Validation

En Afrique du Sud, la cour constitutionnelle devait « certifier » que la constitution était conforme aux trente-quatre principes figurant dans la constitution de transition. Il existe d'autres formes de validation, par exemple, par une entité non impliquée dans l'élaboration du document. Une fois achevée, la poussée sécessionniste de la province de Bougainville en Papouasie-Nouvelle-Guinée, l'accord de paix et la constitution (amendée) de la Papouasie-Nouvelle-Guinée prévoyaient l'adoption d'une constitution par une assemblée constituante de Bougainville. La constitution de Papouasie-Nouvelle-Guinée stipulait que certaines questions seraient intégrées dans la constitution provinciale et qu'après adoption par l'assemblée elle serait transmise au gouvernement national. Si celui-ci considérait qu'elle était conforme aux dispositions de la constitution nationale et

l'adoptait, il demandait au chef de l'État de l'entériner. Elle n'entrait en vigueur qu'après cette procédure.

La consultation ou l'approbation d'un autre organe peut être requise. Ainsi, au Ghana, le conseil d'État (organe consultatif) doit être consulté.

Assentiment

Il existe de bonnes raisons pour que le chef de l'État signe une loi ordinaire : le cérémonial lui-même est porteur de sens pour la nation, et le chef de l'État peut être investi de la mission de veiller à la constitutionnalité des lois. En matière de constitution, les mêmes raisons ne s'imposent pas toujours. Si le peuple se dote souverainement d'une constitution, il peut sembler incohérent que le chef de l'État (qui n'est peut-être même pas élu) pose l'acte final du processus constitutionnel. Le chef de l'État peut ne pas souhaiter signer le document (s'il estime que la nouvelle constitution réduit ses pouvoirs). La constitution provisoire sud-africaine prévoit une disposition qui dit que la constitution « sera [ce qui veut dire « doit » être] ratifiée par le président » ; mais si celui-ci refusait ? La constitution du Portugal stipule aussi que le président ne peut refuser de signer une loi révisant la constitution. Il existe un principe juridique précisant que « ce qui doit être fait sera réputé avoir été fait », mais cela n'est pas une manière particulièrement satisfaisante de résoudre le problème et les tribunaux pourraient être réticents à l'appliquer à une personnalité aussi éminente que le président. Certains processus d'élaboration de constitutions n'exigent donc pas de quelconque signature ou alors exigent que tous les membres de l'instance constituante (ou tous les membres qui l'entérinent) signent la constitution.

Promulgation

Les dictionnaires attribuent plusieurs sens au mot « promulgation », notamment les suivants : rendre exécutoire ; effectuer la publication officielle d'une nouvelle loi ; rendre une loi publique après son adoption ; déclarer ou annoncer publiquement. La seule manière de faire connaître au peuple les nouvelles lois a consisté par le passé à les annoncer publiquement, si nécessaire sur toute l'étendue du territoire. Ici, le mot « promulgation » renvoie à l'idée de rendre la loi publique. Parfois, cela se fait à travers une cérémonie publique, mais il faudra tout de même publier la constitution.

Entrée en vigueur

Dans de nombreux pays, un texte devient loi au moment de sa signature par le chef de l'État. Mais juridiquement, il ne prend effet que plus tard, lorsqu'il est publié dans le journal officiel, par exemple, (dans bon nombre de pays le journal officiel est la publication officielle de l'État qui annonce les nominations aux divers postes de la fonction publique, les lois, etc.). La nouvelle loi peut elle-même reporter son entrée en vigueur à une date ultérieure qu'elle précisera ou après la survenue d'un événement particulier (souvent jusqu'à ce qu'un ministre déclare qu'elle entre intégralement ou partiellement en vigueur). Il arrive aussi qu'une loi n'entre jamais en vigueur.

Encadré 34. Adoption, promulgation et publication de la constitution kenyane [2010]

Le processus d'élaboration de la constitution au Kenya de 2000–2005 n'a jamais abouti à un document final. Le processus de 2008-2010 a été conçu en tenant compte de cet antécédent.

Le parlement était habilité à proposer des modifications mais sans qu'il ne soit exigé de ses membres qu'ils votent pour adopter la constitution. Cependant, après un premier échec et des propositions d'amendement, l'adoption fut mise aux voix et entérinée à une forte majorité. Mais supposons qu'elle ait été rejetée. Selon la loi, cela n'aurait rien changé, mais le parlement aurait sans aucun doute considéré que le texte n'avait pas été adopté.

Il fut ensuite soumis au référendum et approuvé. La constitution dit que « le président devra, dans les quatorze jours suivant la publication du résultat final du référendum, promulguer et publier le texte de la nouvelle constitution au journal officiel (Kenya Gazette) ». « Promulguer » et « publier » signifient-ils la même chose ? La loi parlementaire pertinente stipule que le président doit « par un avis dans la Gazette, promulguer la nouvelle Constitution », ce qui distingue la promulgation de la publication. Cela signifie aussi qu'un simple avis dans le journal officiel suffit. L'éventuelle inaction du président n'aurait nullement empêché la constitution d'entrer en vigueur. Évidemment, le président a voulu une cérémonie.

Beaucoup ont estimé que le président devait signer la constitution. Mais ce n'est pas ce que dit la loi. Le dernier acte requis pour lui donner force de loi était le référendum. Le président signa. Il lut aussi une déclaration au sujet de la constitution et du contexte dans lequel elle avait été conçue, et la brandit solennellement devant la foule, ce qui constituait un vrai acte de promulgation au sens classique du terme. Elle acquit immédiatement (curieusement, au milieu de la journée) force de loi. La constitution fut publiée une semaine plus tard (par un « avis de promulgation ») dans le journal officiel.

Qu'en est-il d'une constitution ? Si le changement constitutionnel passe par une loi ordinaire, la règle habituelle s'applique. Il est aussi possible qu'il existe une disposition spéciale pour les amendements à la constitution qui indique une autre voie. Si la nouvelle constitution est élaborée par un processus externe à la constitution en vigueur, son entrée en vigueur sera vraisemblablement décidée dans le nouveau document lui-même.

Même lorsque certaines dispositions sont reportées, il est sage de subordonner leur entrée en vigueur à un événement dont on est sûr - ou à une date précise - pour éviter le risque qu'elles ne prennent jamais effet. Cela s'est produit en Érythrée où le président n'a tout simplement pas fait entrer en vigueur la constitution bien que le document lui-même dise

que le peuple « approuve et ratifie officiellement, par le biais de l'assemblée constituante, cette constitution, loi fondamentale de l'État souverain et indépendant d'Érythrée ».

2.7.2 Application

De nombreuses constitutions contemporaines n'ont pas pu s'imposer, très tôt victimes de « coups d'État », remplacées par de nouvelles constitutions ou alors de grandes parties sont restées lettre morte (en général celles qui traitent des valeurs et des institutions, mais surtout des valeurs). Plusieurs raisons, liées aux caractéristiques de ces constitutions et déjà évoquées dans ce manuel, expliquent pourquoi des pans entiers d'une constitution ne sont pas appliqués. Citons de manière générale, les raisons ci-après :

- Certaines de ces constitutions font œuvre de construction de la nation ou de l'État, or la construction de la nation ne peut se réaliser sans un leadership éclairé et engagé ;
- Certaines constitutions visent une transformation fondamentale et non pas une simple réforme d'un système politique, constitutionnel ou social existant et nécessitent donc de nouvelles institutions et lois ;
- Le champ de la constitution est vaste pour les raisons évoquées ci-dessus, et la volonté politique ou la capacité technique de l'aborder dans son ensemble peut manquer ;
- Certaines dispositions visent à provoquer une réforme des structures sociales, allant dès lors à l'encontre des intérêts des élites et des groupes privilégiés ;
- La notion de justice sociale menace les intérêts des puissants dans la société ;
- Les dispositions liées à l'intégrité et à la lutte contre la corruption sont honnies des politiciens et des bureaucrates ;
- Beaucoup de pays n'ont pas de tradition de constitutionnalisme et de primauté de l'État de droit sur laquelle peut s'ancrer une constitution.

En bref, contrairement aux constitutions plus anciennes qui se sont limitées à traiter uniquement de systèmes de gouvernement et qui ont été imposées aux gouvernants, les constitutions contemporaines visent à transformer l'État et la société et sont imposées aux gouvernants par les gouvernés (grâce à l'approche participative qui prévaut dans les processus d'élaboration et aux divisions au sein de la classe politique). Il n'est donc pas surprenant que leur application suscite des résistances diverses. Il est nécessaire dès lors de mettre en place un processus formel d'application qui fasse l'objet d'un suivi.

L'application d'une constitution comporte deux aspects. L'un est interne à la constitution : il touche à des questions telles que la cohérence du document, la responsabilité institutionnelle quant à son application (par exemple, le rôle de la justice) et les dispositions qui gouvernent les questions de transition et l'entrée en vigueur progressive des nouvelles règles et institutions. L'autre aspect est externe à la constitution : il s'agit de questions telles que les attitudes sociétales, l'exercice par les citoyens de leurs prérogatives, leur capacité à participer, l'internationalisation des valeurs constitutionnelles et la qualité du leadership. Ce chapitre porte surtout sur les aspects internes à la constitution.

Appliquer, promouvoir et sauvegarder la constitution

L'application d'une nouvelle constitution dépend de trois types de tâches qui sont étroitement liées mais qui restent tout de même distinctes dans une certaine mesure.

Application

Le premier type de tâche englobe toutes les actions destinées à appliquer la constitution, ou autrement dit, à rendre pleinement opérantes ses dispositions. Il s'agit notamment de :

- Mettre en place des nouvelles institutions prévues par la constitution, en les dotant des pouvoirs, du personnel, des ressources et de l'appui dont elles ont besoin pour agir efficacement ;
- Élaborer de nouvelles lois et politiques permettant de donner effet à la constitution et l'abrogation des lois qui entrent en conflit avec elle.

Promotion

Le second type de tâches consiste en un ensemble d'actions destinées à promouvoir la constitution. Il consiste, au-delà de l'application au sens premier, à œuvrer pour que les institutions et les lois constituent le socle vivant sur lequel l'État fonctionne. Il s'agit de :

- Appliquer la constitution et les lois qui permettent de la rendre opérante, en respectant les droits et les libertés ;
- Veiller à ce que les institutions prévues par la constitution soient dotées des ressources nécessaires et soutenues par ailleurs ;
- Organiser des élections régulières, libres et équitables (avec les moyens nécessaires) ;
- Permettre l'accès à la justice et à la résolution des litiges conformément à la constitution ;
- Faciliter la participation des citoyens à la vie publique et à la marche de l'État (voir la partie 2.2.2).

Sauvegarde

Le troisième type de tâches recouvre les actions destinées à sauvegarder l'intégrité de la constitution qui va au-delà de la promotion de celle-ci. Il s'agit, en reconnaissance de son importance fondamentale, de la protéger de diverses manières, notamment :

- Restreindre les possibilités de l'amender précipitamment et la détourner des valeurs centrales dont elle est porteuse ;
- Éviter les pratiques qui détournent les dispositions constitutionnelles, notamment le recours sans nécessité à l'état d'urgence ;
- Protéger la constitution (dans les cas extrêmes) des tentatives illégales d'abrogation, par exemple, par un coup d'État militaire.

Ces trois dimensions de l'application d'une constitution sont étroitement liées parce que tout ce qui est fait pour assurer l'une peut avoir des effets positifs sur les autres.

Le processus d'élaboration de constitution contribue-t-il à son application ?

La question qui est posée dans cette partie du manuel est essentielle : y-a-t-il des mesures que l'on peut prendre au stade de l'élaboration qui puissent contribuer à une application réussie de la constitution ? À quelques exceptions près, les questions liées à l'application ont suscité peu d'intérêt avant la fin des années 1980. Dans la vague des constitutions décolonisatrices qui a débuté dans les années 1950, par exemple, on a eu tendance à croire que des constitutions largement calquées sur le modèle de celles des puissances coloniales pourraient aisément s'appliquer dans les contextes africains et asiatiques d'alors. Pour les sauvegarder, on a aussi estimé que le mécanisme institutionnel de la séparation des pouvoirs qu'elles contenaient et la compétence constitutionnelle des tribunaux (qui était de mise surtout dans les pays de *common law*) suffiraient. Mais de nombreux pays n'ont pas réussi à appliquer des pans importants de leur constitution et d'autres ont vu les leurs renversées. S'ajoutent à cela des difficultés qui ont entravé l'application et la sauvegarde des constitutions plus ambitieuses qui sont nées dans les années 1980 et après. Tout cela a suscité un certain intérêt pour ce qui peut être fait au stade de l'élaboration de la constitution ou inclus dans celle-ci pour en permettre l'application dans les trois dimensions évoquées ci-dessus.

Encourager la prise de conscience citoyenne pendant et après la conception du processus

Comme nous l'avons relevé dans la partie 2.2, un processus ouvert d'élaboration de constitution qui met l'accent sur l'information des citoyens quant aux options constitutionnelles offertes et encourage sa participation aux débats autour des choix à faire contribue à bien faire connaître la nouvelle constitution et à susciter l'adhésion des citoyens. Des personnes qui connaissaient fort peu les valeurs et les procédures démocratiques se retrouvent bien informées et encouragées à participer aux affaires publiques, à user des voies de recours constitutionnelles qui leurs sont offertes et à promouvoir la responsabilité de l'État. Mais il y a une question importante qui est rarement prise en considération, même dans les processus qui ont comporté des campagnes conséquentes d'information. C'est celle de la poursuite de ces campagnes d'information sur les questions constitutionnelles après la fin du processus. En Afrique du Sud, des campagnes d'information bien conçues (avec de nombreuses réunions dans les zones rurales et des opérations dans les médias) ont permis au niveau de connaissance de la nouvelle constitution d'atteindre son apogée en 1996. La touche finale fut la distribution de sept millions d'exemplaires de la constitution dans l'ensemble des langues officielles du pays. Tout ce travail a été coordonné par un secrétariat qui était rattaché à l'assemblée constituante et qui a cessé ses activités une fois la constitution adoptée. Cette expérience de l'information et de la promotion s'est ainsi perdue et depuis lors, peu d'activités de cet ordre ont été menées.

Les constitutions elles-mêmes encouragent souvent la poursuite des activités d'information après la fin du processus de leur élaboration en prévoyant, par exemple, leur traduction dans les langues locales et leur large distribution (voir le chapitre 4 de la constitution de la République d'Ouganda de 1995 ou le chapitre 216 de la constitution de la Région Autonome de Bougainville de 2004). La constitution de la République du Ghana de 1992 est allée plus loin en instituant une Commission nationale de l'instruction civique chargée de promouvoir l'information, d'instruire et d'encourager le peuple à défendre la constitution, de formuler des programmes en faveur de la réalisation des objectifs de la constitution et la prise de conscience par les citoyens de leurs responsabilités civiques. Avec d'autres organes importants institués par la constitution, elle est aujourd'hui une institution fort respectée au Ghana. Mais la plupart des dispositions de ce type ont un effet limité car les États ne les considèrent pas comme prioritaires et leur allouent peu de moyens.

Contenu et langue : parler au peuple

Le contenu de la constitution et la langue dans laquelle elle est rédigée sont de nature à encourager l'adhésion populaire en faveur de son application. Effectivement, une constitution qui selon les citoyens aborde les véritables questions qui ont conduit à l'adoption d'une nouvelle constitution et qui propose une vision pour l'avenir ne peut que susciter leur enthousiasme comme le démontre le cas du Kenya [2010]). On peut également citer l'exemple de la constitution du Rwanda [2003], la constitution indienne [1950] et les constitutions de la Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975] et de l'Ouganda [1995]. On trouve un exemple de déclaration de principes de gouvernance destinés à résoudre un conflit ethnique dans le pacte qui figure au chapitre 6 de la constitution des Fidji [1990].

Quels mécanismes constitutionnels pour encourager l'application et la promotion de la constitution?

Plusieurs constitutions adoptées depuis la fin des années 1980 (et quelques-unes plus anciennes) contiennent des dispositions visant à en encourager et faciliter leur application. L'un de ces mécanismes est destiné à répondre à la tendance qu'ont la plupart des constitutions à proclamer de grands principes et à donner des orientations, et à s'en remettre au législateur pour prendre ultérieurement les lois créant les nouvelles institutions, les procédures d'application des droits, etc., ce qui peut prendre de nombreuses années.

Certaines vont jusqu'à préciser que certaines lois - en général celles qui sont requises pour la création d'organes constitutionnels indépendants ayant des fonctions d'application, de contrôle ou des rôles similaires (par exemple, les commissions des droits de l'homme, les services du médiateur, le vérificateur général) - doivent être adoptées dans un délai précis. La constitution du Ghana [1992] exigeait que les lois requises pour la création de neuf institutions de cet ordre soient adoptées dans les six mois suivant la première réunion du parlement après son entrée en vigueur. La constitution du Kenya [2010] contient un calendrier d'échéances allant de six mois à trois ans pendant lesquelles des lois portant sur

plus soixante sujets devaient être adoptées, et elle instituait un droit de saisine de la Haute Cour au cas où l'un de ces délais n'était pas respecté (voir article 261 et annexes 5 et 6).

La constitution de l'Afrique du Sud [1996] prévoit des délais dans lesquels certaines lois d'application doivent être adoptées (voir chapitres 21 et 23), notamment en ce qui concerne les droits à l'information (chapitre 32) et à une juste administration (chapitre 33). Mais la constitution inclut également des dispositions qui permettent la prise d'effet de ces droits en l'absence de lois d'application.

Une approche similaire à ce dernier volet de l'exemple sud-africain figure dans les sections 22, 224 et 225 de la constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975]. La partie 22 attribue aux tribunaux, dans une affaire judiciaire, le pouvoir de rendre toute ordonnance nécessaire pour combler un manque dû à l'absence de lois. La section 224 exige non seulement que les lois établissant les pouvoirs et les procédures nécessaires à l'exercice des fonctions des organes constitutionnels indépendants soient prises, mais elle dispose aussi qu'en l'absence de ces lois, ces organes sont habilités à combler toute lacune dans leurs procédures et jouissent de tous les pouvoirs raisonnablement nécessaires. La section 225 prévoit qu'il est du devoir de tous les organes de l'État de veiller à ce que les institutions constitutionnelles indépendantes soient dotées du personnel et des infrastructures nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. Les tribunaux ont jugé que cette disposition était opposable au gouvernement.

Enfin, il y a quelques exemples de constitutions qui créent des institutions destinées à contrôler leur application. L'exemple le plus abouti se trouve peut-être dans la section 5 de la sixième annexe de la constitution du Kenya [2010], qui prévoit la création d'une commission d'application de la constitution qui est chargée de « suivre, faciliter et contrôler l'élaboration de lois et de procédures administratives nécessaires à l'application de la constitution ».

Il existe des organes dont les attributions en matière d'application sont moins étendues. On en trouve un dans les longs amendements apportés à la constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975] pour donner effet à l'Accord de paix de Bougainville de 2001. La section 332 prévoit la création d'un organe de contrôle constitué de personnalités nommées par le gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et le gouvernement autonome de Bougainville, qui est chargé de contrôler l'application de l'accord de paix et des dispositions de la constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée relatives à l'application dudit accord.

Dispositifs constitutionnels de sauvegarde (et d'application) de la constitution

De nombreuses constitutions modernes contiennent des dispositifs de sauvegarde que l'on peut classer en deux catégories. La première englobe les mécanismes internes qui promeuvent la sauvegarde de la constitution d'une manière ou d'une autre, et l'autre les mesures qui permettent de la sauvegarder des interférences de la société civile et d'autres centres d'influence et de pouvoir.

Dispositifs internes destinés à encourager la sauvegarde et l'application de la constitution

Les constitutions contiennent souvent des dispositions visant à encourager ceux qui exercent le pouvoir d'État à les respecter et à en rendre compte. Il s'agit notamment de dispositions qui imposent des restrictions considérables aux dirigeants politiques et aux responsables de l'administration. On peut citer les exemples suivants :

Protection de la constitution contre les coups d'État

En dépit des difficultés pratiques que comporte l'application de ces dispositions, certaines constitutions rendent elles-mêmes leur renversement anticonstitutionnel (par exemple, la constitution de l'Ouganda [1995], en sa section 3, chapitre I). Nombre d'entre elles appellent les citoyens à les protéger et à les défendre. Des tentatives sont faites pour atténuer le risque de voir les forces de l'ordre renverser l'ordre constitutionnel à travers des dispositions qui placent les militaires sous contrôle civil et, dans certains cas, des dispositions qui attribuent aux représentants des forces armées et des anciens combattants des guerres civiles des rôles strictement limités dans un gouvernement civil (constitution de l'Ouganda [1995], section 78, et constitution de Bougainville, section 55).

Protection vis-à-vis d'amendements précipités ou préjudiciables

De nombreuses constitutions contiennent des dispositions relatives aux amendements destinées à assurer que ceux-ci ne soient pas effectués de manière précipitée et soient soigneusement examinés. Dans certains cas, des « super-majorités » sont exigées ainsi que des délais entre les différentes phases du processus constitutionnel. Il est même parfois indiqué que la phase finale ne peut intervenir avant la tenue d'élections générales.

Restrictions à l'état d'urgence

Dans bon nombre de constitutions, il est prévu que pendant un état d'urgence déclaré, des lois peuvent être prises qui, dans d'autres circonstances, seraient contraires aux droits de l'homme. Ces pouvoirs exceptionnels ont souvent fait l'objet d'abus de la part de gouvernements désireux de contrôler une opposition. Les constitutions modernes ont souvent essayé de limiter ces abus en définissant clairement les raisons qui permettent de déclarer l'état d'urgence, en rendant obligatoire une approbation accélérée du parlement, en prévoyant un contrôle parlementaire et judiciaire sur l'exercice de ces pouvoirs, en limitant les catégories de droits qui sont susceptibles d'être suspendus pendant la période d'urgence, etc.

Certification de la constitutionnalité des projets de loi

Le gouvernement et les autres organes qui soumettent des lois et des politiques à l'examen des organes législatifs devraient être mis dans l'obligation de certifier qu'à leurs yeux, le projet de loi ou de politique (en particulier lorsqu'il s'agit de droits) est conforme à la

constitution. Cela permettrait de veiller à ce que les cabinets et autres autorités soient saisis des questions de constitutionnalité et leur accordent l'attention requise. Il en irait de même pour les organes législatifs. Au Royaume-Uni, ce dispositif de certification s'est avéré fort efficace en ce qui concerne la Charte des droits.

Système judiciaire

Une justice indépendante, impartiale et compétente est indispensable pour l'application de la constitution et l'affirmation de la suprématie de celle-ci. Dans les pays de droit civil, la révision judiciaire des lois étant impossible, la création de cours constitutionnelles a été fondamentale pour la protection de la constitution (Autriche, Allemagne, Hongrie, Pologne et Corée du Sud). Dans les pays de *common law*, la juridiction ultime, habituellement appelée Cour Suprême, a joué un rôle essentiel dans le maintien et l'élaboration des principes constitutionnels (Canada, Inde et États-Unis). L'impunité offerte aux dirigeants corrompus qui est le résultat du contrôle de l'exécutif sur le pouvoir judiciaire et son action en général, a été la cause de carences majeures en termes d'État de droit et d'application de la constitution.

Des organes indépendants pour la responsabilité, la réparation et pour les missions politiquement sensibles

Nombre de constitutions prévoient la création d'un ensemble d'institutions indépendantes qui exercent des fonctions de plus en plus étendues dans lesquelles l'indépendance vis-à-vis de pressions politiques est importante. Il s'agit notamment d'organes qui font œuvre de contrôle de responsabilité et de réparation, qui disposent de pouvoirs étendus (par exemple, les institutions de médiation, les commissions anticorruption, les vérificateurs généraux, les commissions des droits de l'homme) ou qui jouent un rôle politiquement sensible (comme les organes chargés des nominations aux postes judiciaires, les commissions du service public, les organes de gestion des élections et des frontières). Leur indépendance est protégée de diverses manières, notamment par la garantie que l'État les dote de personnel et de moyens suffisants (comme en Papouasie-Nouvelle-Guinée).

Codes de conduite

Des codes de conduite contraignants (parfois appelés « codes de direction ») établissent des limites strictes à certains comportements de la classe politique et de l'administration, notamment les comportements susceptibles d'occasionner des conflits d'intérêt (par exemple, au Ghana, au Kenya, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, en Ouganda et au Vanuatu).

Démocratie directe

Certaines constitutions tentent de s'écarter du modèle de la démocratie indirecte par lequel des représentants sont élus pour prendre des décisions au nom du peuple pour plutôt ouvrir les processus de décision à la participation directe des citoyens. Elles intègrent des dispositifs qui permettent aux électeurs de destituer leurs représentants élus (par exemple,

la constitution de l'Ouganda [1995], section 84), aux citoyens de prendre l'initiative de lois (en Suisse et dans certains États des États-Unis), des consultations publiques relatives à des politiques par le biais de plébiscites et la participation citoyenne aux processus d'amendement de la constitution à travers des référendums.

Dispositifs externes pour encourager la sauvegarde et (l'application) de la constitution

Deux formes de soutien externe à la sauvegarde de la constitution méritent que l'on s'y penche brièvement. La plus évidente concerne le peuple du pays concerné, qui doit toujours être le gardien ultime de la constitution. Pour jouer ce rôle, le peuple doit être en mesure de comprendre la constitution et les droits qu'elle lui confère. Il incombe plus à la société civile et aux autres forces sociales qu'aux mécanismes constitutionnels d'encourager les citoyens à jouer un rôle actif dans la sauvegarde de la constitution. D'un autre côté, les dispositions constitutionnelles peuvent soutenir et encourager la participation populaire à cette sauvegarde. La constitution peut imposer à l'État de reconnaître le rôle de la société civile et des ONG comme le fait la section 15 de la constitution des Philippines de 1986. Elle peut aussi prévoir des garanties pour l'accès des citoyens aux tribunaux et à d'autres organes constitutionnels en matière de contrôle de responsabilité et de recours, ainsi que des dispositions favorisant la démocratie directe.

La seconde forme de soutien externe est relative au rôle de la communauté internationale qui, depuis la fin des années 1980, a joué un rôle important dans de nombreux processus d'élaboration de constitutions et qui s'implique souvent, et de diverses manières, dans le soutien à l'application de ces constitutions. Ce soutien va souvent au-delà du soutien à la mise en place et au fonctionnement des institutions et des lois pour prendre la forme d'un appui (direct et indirect) aux efforts de sauvegarde de l'intégrité de la constitution. Bien entendu, si cette aide est importante, elle doit aller de pair avec la conscience des dangers politiques et autres d'une ingérence internationale réelle ou perçue dans des affaires intérieures sensibles.

Partie 3 : Institutions, groupes et procédures

Si nous avons décidé d'aborder la question des institutions et procédures qui interviennent dans les processus constitutionnels vers la fin du présent manuel, c'est parce que nous sommes convaincus que les institutions doivent être conçues en fonction des tâches qu'elles doivent accomplir. Or, la conception du processus se fait souvent de manière inverse, à partir d'une décision qui pourrait être résumée comme suit « Nous devons nous doter d'une assemblée constituante ». L'objectif général est défini, c'est-à-dire élaborer la constitution tandis que le mandat de l'assemblée constituante est quant à lui défini ultérieurement.

Il est vrai que dans de nombreux pays, les traditions nationales dictent quels organes sont chargés du processus. En effet, pour certains lecteurs, cette partie ne présentera pas un grand intérêt car dans leurs pays la coutume ou le droit définissent clairement les institutions et les procédures. Toujours est-il que nous osons suggérer, même à ces lecteurs, que cette partie est d'une certaine utilité car, après tout, la composition et le fonctionnement des assemblées constituantes ne sont pas partout identiques. Les référendums ne sont pas non plus conduits de la même manière et il peut être utile d'examiner les expériences d'autres pays.

Les processus constitutionnels sont de plus en plus négociés ou conçus soit dans le cadre de conférences internationales (Cambodge [1993] ou Afghanistan [2004]), en tant que dispositifs de transition (Afrique du Sud [1996], Irak [2005], et Népal [processus en cours]) ou de conférences nationales (Kenya [2005], pays africains francophones), soit par le biais de « tables rondes » (dans plusieurs pays de l'Europe de l'Est). Récemment, diverses études comparatives ont été menées sur les processus d'élaboration de constitutions. Cette recherche théorique vise en partie et en premier lieu à tirer des enseignements sur les institutions et les méthodes les plus efficaces. Avec l'internationalisation croissante des processus constitutionnels, les décideurs ont maintenant à disposition plusieurs solutions alternatives à la démarche conventionnelle et peuvent donc, de plus en plus, prendre des décisions sur la conception du processus en toute connaissance de cause. Par ailleurs, au fil des années, de nouvelles caractéristiques des processus d'élaboration de constitutions sont apparues, telles que la participation de la communauté internationale en sus de celle des citoyens du pays, ce qui exige la création de nouvelles formes d'institutions et de procédures. De précieuses leçons peuvent être tirées des succès et des échecs des pays qui furent à l'avant-garde des innovations. Le processus sud-africain, généralement considéré comme un succès a été étudié de près par plusieurs pays.

Après avoir étudié les éléments qui entrent en ligne de compte dans l'élaboration d'une constitution, nous allons maintenant nous tourner vers les institutions et les procédures. Il est difficile de proposer une analyse systématique de ces dernières. Le tableau 2

montre que des tâches similaires peuvent être accomplies par toute une gamme d'organes différents et qu'il n'est donc pas évident de faire une distinction entre ces organes. Une assemblée constituante n'est pas un parlement, mais certains parlements remplissent les mêmes fonctions que les assemblées et inversement. Certaines assemblées constituantes se contentent de débattre d'un projet de constitution élaboré par une autre instance. D'autres font de l'éducation civique, consultent les citoyens, élaborent un projet de texte avant d'en débattre formellement. Une commission peut être restreinte et composée exclusivement d'experts, ou élargie et composée de membres moins experts ou encore restreinte et composée de non-experts ! Dans certains cas, elle est indépendante du gouvernement ou de la classe politique, dans d'autres cas, elle ne l'est pas.

On peut considérer la Convention constitutionnelle des États-Unis réunie à Philadelphie à la fin du dix-huitième siècle comme l'un des tous premiers exemples de commission constitutionnelle (même si l'on a tendance à la classer dans la catégorie des assemblées constitutionnelles). Elle avait pour mandat de revoir et de proposer des modifications à la constitution fédérale, changements qui auraient fait l'objet de discussion et d'adoption conformément au mécanisme d'amendement de ladite constitution. Comme nous le savons, la Convention a outrepassé son mandat et a mis en place une nouvelle procédure pour l'adoption de son projet de texte.

Il nous faut avertir ici le lecteur que, selon les pays, une même appellation ne signifie pas que les organes soient identiques et à contrario, plusieurs appellations ne signifient pas que l'on parle d'organes différents. En effet, les trois termes suivants : convention constitutionnelle, assemblée constitutionnelle, assemblée constituante, désignent pratiquement la même notion.

Encadré 35. Commissions ou comités ?

En anglais, il n'y a pas de réelle différence entre ces deux vocables. C'est à l'usage qu'ils peuvent varier. En anglais, il serait inhabituel d'utiliser le terme « commission » dans le sens d'une composante d'un organe plus large, on utilisera plutôt le terme « committee » pour un parlement ou une assemblée. En espagnol, on utilisera plutôt le terme « comisión ». En anglais, le terme « commission » se réfère à un organe plus important. Il désigne un organe distinct tandis que « committee » correspond à une entité qui fait partie d'un organe plus large.

Ce qui nous importe dans la présente partie est de savoir comment ces organes sont créés, quel est leur fondement juridique, leur fonctionnement, et comment ils pourraient mieux fonctionner.

Certains principes d'organisation sont fondamentaux. Nous avons décidé de privilégier la fonction et non la forme. Nous avons regroupé les institutions qui accomplissent

essentiellement des tâches analogues. Toutefois, leur taille est aussi déterminante. Nous commençons donc par les grands organes qui remplissent de nombreuses fonctions et qui sont parfois dans un processus donné les seuls organes d'élaboration d'une constitution : assemblées constituantes, parlements, conférences nationales.

Puis viennent les organes dont la principale tâche consiste à élaborer des propositions constitutionnelles – y compris un avant-projet de constitution. Ils peuvent aussi s'occuper d'autres tâches comme l'éducation civique. Ils sont connus sous le nom de commission, de comité ou de table ronde et ont été la plupart du temps créés à cet effet. Il peut cependant arriver qu'ils aient une durée de vie plus longue.

Ensuite viennent les organes administratifs. Dans la partie 2, nous avons étudié les processus de gestion d'un organe constituant. Ici, nous allons brièvement examiner quelles sont les institutions qui remplissent ce rôle. Nous utilisons le terme « organe de gestion administrative » pour les désigner bien qu'aucun organe ne sera ainsi réellement dénommé. Ils seront appelés « secrétariats » ou « comités de gestion » ou tout autre appellation de ce type. Alors que cet organe joue un rôle crucial pour la réussite du processus constitutionnel, il est souvent négligé par les constitutionnalistes.

De nombreux autres organes officiels ont des rôles moindres dans le processus constitutionnel, ils ne figurent pas dans tous les processus constitutionnels, loin de là, et souvent ils ne sont pas prévus au départ. Ils sont regroupés dans une catégorie hétéroclite et n'ont pratiquement rien en commun si ce n'est qu'ils sont liés de près ou de loin à la constitution. Il s'agit de ministères, d'organismes électoraux, de groupes d'experts, et des tribunaux.

De nombreux processus constitutionnel exigent un référendum pour faire adopter le projet de texte, alors que cet instrument est moins couramment utilisé pour résoudre des divergences sur des questions spécifiques.

Comment s'articulent tous les éléments entre eux

Les études de cas figurant à l'annexe A montrent comment tous les éléments d'un processus d'élaboration de constitution peuvent s'articuler entre eux. Il est clair qu'aucun processus n'aura toutes les structures ou institutions mentionnées. Certains se contenteront d'un seul organe officiel. Ci-après différentes combinaisons possibles :

- Assemblée constituante ou parlement uniques
- Commission → assemblée constituante
- Commission → assemblée constituante → référendum
- Commission → assemblée constituante → parlement → référendum
- Conférence nationale → parlement
- Conférence nationale → référendum

Tableau 7 : Comparaison entre une assemblée constituante et un parlement

Parlement (corps législatif)	Assemblée constitutionnelle
Il fonctionne en vertu de la constitution et conformément aux dispositions de la constitution	Elle élabore la constitution – bien que ceci puisse se faire en vertu de la loi sous l'autorité de la constitution en vigueur
Il légifère	En général, elle ne légifère pas mais elle élabore la constitution
Il vote le budget de l'État	Elle n'a aucun contrôle sur les finances
Il demande des comptes au gouvernement	Elle ne demande pas de comptes au gouvernement
Il représente le peuple – habituellement par le biais d'élections et de partis politiques – il fonctionne en tant que représentant du peuple en l'absence de participation publique active la plupart du temps	Elle représente généralement le peuple – mais il est possible que ses membres soient choisis sans avoir été élus ou désignés par les partis. Elle est susceptible d'impliquer les citoyens dans ses activités, beaucoup plus que ne le ferait un parlement ; elle est une manifestation de la souveraineté du peuple
Dans un système parlementaire, il forme un gouvernement (les membres du gouvernement seront issus du parlement)	Elle n'influe pas sur la formation d'un gouvernement
L'obligation qu'il a de rendre compte au peuple dépendra en grande partie de la tenue d'élections à intervalles réguliers	Il est peu probable qu'elle ait un mécanisme par lequel elle doit rendre des comptes au peuple (si ce n'est que ses décisions peuvent faire l'objet d'un référendum)

D'autres structures sont susceptibles de s'ajouter à toutes ces combinaisons (et à d'autres) ; les ministères et les corps électoraux en tête mais aussi des comités spéciaux et presque certainement des experts locaux et peut-être des experts étrangers. La société civile quant à elle apportera sa contribution et remplira divers rôles.

Différents modèles

À notre époque, le modèle de commission s'est largement imposé en Afrique, y compris en Tanzanie [1965], en Éthiopie [1994], en Ouganda [1995], en Érythrée [1997], au Zimbabwe [1999], au Rwanda [2003], au Kenya [2005 ; 2010] et en Zambie (quatre fois). Nous offrons une explication à cet engouement dans la partie 3.2.3.

Ce modèle a aussi été suivi en Afghanistan [2004], dans des pays insulaires du Pacifique tels que la Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975], les Fidji [1997 et avant], à Bougainville [2004], et à Nauru [2010]. Les États ou territoires associés aux États-Unis ont tendance à faire appel au modèle de conventions constitutionnelles, encore que celles-ci puissent être précédées d'une commission – comme cela fut le cas dans les Samoa américaines en 2010.

En Asie, en Europe et en Amérique latine, il est seulement fait appel dans la majorité des cas à une assemblée constituante. L'Inde a ouvert la voie en Asie [1950] suivie du Népal [1951 et le processus en cours] ; l'Indonésie a eu une assemblée constituante avortée [1959]. La

France [1789] a sans doute eu la première véritable assemblée constituante, exemple suivi par de nombreux pays européens dont la Norvège en 1814 et l'Italie après la Seconde Guerre mondiale et plus récemment des pays de l'Europe de l'Est. À l'ère moderne, nombreux sont les pays européens qui ont procédé à une réforme constitutionnelle par le biais de leur parlement.

L'URSS a eu une assemblée constituante de courte durée après la révolution. En Amérique latine, l'assemblée constituante, non précédée d'une commission préparatoire, demeure l'organe principal.

Quelques pays francophones africains et d'autres, peu nombreux, ont eu recours au système de conférence nationale dont l'origine remonte certainement à l'Assemblée constituante française – ce qui montre une fois de plus combien il est difficile d'utiliser la terminologie exacte.

3.1 Institutions aux rôles multiples

3.1.1 Introduction

Les entités dont il s'agit ici sont assez importantes et souvent chargées de différentes tâches : informer les citoyens, recueillir les opinions, élaborer des principes directeurs, rédiger et adopter une constitution (certaines ne remplissent que certaines de ces fonctions).

La distinction entre ces différentes structures n'est pas nette. Tout parlement a un rôle bien défini mais une assemblée constituante peut aussi être un parlement. La ligne de démarcation entre une assemblée constituante et une conférence nationale n'est pas claire non plus. Dans cette partie, nous allons examiner les assemblées constituantes et les parlements nationaux ensemble, tandis que nous aborderons séparément les conférences nationales, phénomène très répandu en Afrique francophone.

3.1.2 Assemblées constitutionnelles

Nous entendons par là les organes qui correspondent à la large description suivante : tout organe conçu pour représenter la nation et à qui incombe - au minimum – la tâche de débattre de façon détaillée d'un projet de constitution nationale et de l'adopter. Parfois, mais pas toujours, cet organe aura aussi pour tâche de préparer l'avant-projet de texte ou encore la responsabilité finale de promulguer le texte. Si nous utilisons le terme « assemblée constitutionnelle », c'est parce qu'il est plus général que l'expression « assemblée constituante ». Nous incluons sous cette appellation les parlements « ordinaires » qui sont chargés de l'élaboration d'une nouvelle constitution ou de la réforme constitutionnelle. Si l'une de nos observations a trait spécifiquement aux parlements, nous l'indiquons clairement. Les commentaires liés aux « assemblées constitutionnelles » s'appliquent à tout organe représentatif chargé d'élaborer ou de modifier la constitution.

L'expression courante « assemblée constituante » se réfère à un organe qui représente le peuple et qui est doté uniquement (ou principalement) d'un « pouvoir constituant ». B.O. Nwabueze, une sommité nigériane en matière constitutionnelle a écrit : « On entend par pouvoir constituant le pouvoir de mettre en place un cadre de gouvernement pour un peuple, la constitution étant le moyen d'y parvenir. C'est un pouvoir primordial, l'absolue reconnaissance de la souveraineté du peuple » (Nwabueze 1974 : 292). Dans certains pays, on part du principe que le parlement peut exercer le pouvoir constituant du peuple ; dans d'autres, la tradition veut que l'on crée un organe distinct à cet effet qui n'aura généralement pas le pouvoir d'adopter des lois ordinaires, cette responsabilité incombant au parlement. Toujours est-il que les opinions peuvent évoluer – en raison principalement de l'atmosphère hautement politique qui entoure le processus d'élaboration de constitution. Un tribunal kenyan a décidé en 2004 que seule une assemblée constituante directement élue avait le pouvoir d'élaborer une nouvelle constitution, ou alors un parlement élu à cette fin à défaut de quoi le référendum s'imposait – décision fort discutable.

Comparons les principales caractéristiques d'une assemblée constitutionnelle et d'un parlement :

Il n'existe pas de modèle unique d'assemblée constitutionnelle et il n'est pas possible d'affirmer que certaines exigences minimales définissent une telle assemblée. Même les noms changent : toutes les combinaisons possibles entre les mots « constituante » ou « constitutionnelle » et les mots comme « assemblée », « convention », « congrès » ou même « conférence » ont été utilisés pour désigner (et décrire) des organes dont la principale responsabilité est de modifier ou d'élaborer la constitution. Dans certaines langues, on ne fait pas la distinction entre « constituante » et « constitutionnelle ». Dans les langues où les deux termes existent, l'expression « assemblée constituante » a un trait particulier car elle sous-entend que ce sont les représentants du peuple qui élaborent et adoptent la constitution. En Allemagne, l'expression a été rejetée pour être remplacée par « conseil parlementaire » – l'une des mesures destinée à faire comprendre clairement que ce n'était pas la constitution définitive pour une Allemagne unie qui était en cours de préparation.

La taille et la composition des assemblées constitutionnelles diffèrent ainsi de la manière dont ses membres sont choisis. Leurs rôles peuvent aussi être différents quoiqu'elles doivent au minimum débattre de la constitution et l'adopter. Certaines sont des organes nationaux chargés de préparer une nouvelle constitution, d'autres des organes infranationaux – comme l'organe qui a préparé la constitution de Bougainville [2004], l'Assemblée constituante du Cachemire [1956], les assemblées des États fédérés des États-Unis.

Parlements et assemblées : les liens

Il existe différents liens entre les organes constituants spéciaux et les parlements « ordinaires » :

- Il n'existe pas de parlement « ordinaire » et tous les efforts sont consacrés au processus constitutionnel au sein de l'assemblée constitutionnelle ;
- Seul le parlement régulièrement élu a la tâche d'élaborer ou de réviser la constitution (et il n'est pas élu spécifiquement à cette fin) ;

- Le parlement est élu par le biais d'un scrutin où le seul enjeu ou l'enjeu majeur est la constitution, auquel cas il sera chargé de son élaboration ;
- Le parlement est aussi « l'assemblée constituante » même si, théoriquement, il s'agit de deux structures distinctes (par exemple, en Inde, au Népal, en Papouasie-Nouvelle-Guinée et en Afrique du Sud) ;
- Tous les membres du parlement sont membres de l'assemblée constitutionnelle mais cette dernière compte aussi d'autres membres non-députés et les deux structures siègent séparément ; le parlement ordinaire en tant que tel n'a aucun rôle à jouer dans la constitution ;
- Tous les membres du parlement sont membres de l'assemblée constitutionnelle mais cette dernière compte aussi d'autres membres non-députés et les deux structures siègent séparément. Le parlement ordinaire a aussi un rôle à jouer dans la constitution (comme au Kenya [2005]) ;
- Il existe deux structures complètement distinctes sans recoupement (ou très peu) en termes de composition et le parlement ordinaire n'a aucun rôle à jouer dans la constitution (par exemple, en Bolivie et en Ouganda) ;
- Il existe deux structures complètement distinctes sans recoupement (ou très peu) en termes de composition et le parlement ordinaire a un rôle à jouer dans la constitution.

Dans le scénario où il existe un parlement et une assemblée constitutionnelle, chacune des deux structures ayant un rôle à jouer dans le processus constitutionnel, comment ces responsabilités sont-elles réparties ? Le rôle du parlement peut se limiter à constituer l'assemblée et les autres organes chargés de la réforme constitutionnelle. Mais le parlement peut insister pour avoir le dernier mot (ou avoir son mot à dire). Il se peut donc que la constitution adoptée par l'assemblée doive être soumise pour adoption ultérieure par le parlement (comme cela fut le cas au Kenya [2005]). Cet arrangement est peu satisfaisant : après tout si l'assemblée est ouverte à tous les segments de la société, n'est-il pas étrange que le produit de son travail doive être approuvé par un parlement moins inclusif ? Et si, comme au Kenya, les membres du parlement sont aussi membres de l'assemblée, ils peuvent être tentés de ne pas s'investir dans les débats de l'assemblée puisqu'ils savent qu'ils ont la possibilité de décider plus tard de la constitution, au sein de leur parlement.

Dans l'hypothèse où un seul organe fonctionne comme parlement et aussi comme assemblée constitutionnelle, comment la différence, s'il y a lieu, est-elle faite ? À Ceylan (Sri Lanka aujourd'hui), l'assemblée constituante a siégé sans la masse, symbole de l'autorité royale (gouvernementale). Les deux organes pouvaient siéger en deux lieux distincts mais cela aurait créé des problèmes logistiques s'ils devaient siéger le même jour. Ils n'avaient pas nécessairement le même président. La séance de chaque organe connaissait ses propres formalités, prières séparées, par exemple. Le règlement intérieur pouvait être aussi légèrement différent quoi que, pas trop, compte tenu de la similarité des activités des deux organes. Toujours est-il qu'il serait avisé d'établir des règles plus strictes en ce qui concerne le quorum pour le cas de l'organe constituant.

Encadré 36. Caractère non-délibérant du parlement dans le processus d'élaboration de constitution

Il se peut qu'un parlement soit doté, ou se dote, de tâches liées au processus constitutionnel hors des débats sur le texte de la constitution. Peut-être a-t-il adopté les lois pour amorcer le processus. Il peut aussi avoir pour tâche de désigner les membres de la commission constitutionnelle. Il doit possiblement aussi voter sur les ressources nécessaires au financement du processus. Il peut décider de superviser le processus à défaut de le contrôler. Au Kenya, de 2000 à 2004 et puis de nouveau de 2008 à 2010, le parlement a mis en place une commission spéciale pour remplir ces tâches. Cette commission était importante lorsque des amendements à la législation en vigueur devaient être adoptés. Sa composition reflétait la composition du parlement en termes de partis. Entre 2008 et 2010, la loi a conféré des rôles spécifiques à la commission (y compris un rôle décisionnel sur le contenu). Le processus somalien qui a démarré en 2009 a copié ce modèle mais le rôle de sa commission parlementaire n'était pas clair.

Au Népal [processus en cours], la constitution provisoire prévoyait que le travail législatif soit effectué par une commission de l'assemblée constituante pour éviter que les travaux de l'assemblée constituante soient ralentis quand le parlement devait se réunir. Mais cette disposition n'a jamais été appliquée, en raison sans doute du fait que l'on ne souhaitait pas confier le travail parlementaire à une commission. Vingt-cinq partis étaient représentés à l'assemblée, tous voulaient siéger au parlement alors que certains partis n'étaient représentés que par un seul membre.

Dissocier le parlement de l'assemblée constitutionnelle : arguments pour et contre

Une assemblée constituante peut être perçue comme représentant la souveraineté du peuple. Elle peut aussi être considérée comme un moyen permettant de mettre un terme à la continuité juridique, de rompre avec un passé autocratique, ou d'avoir une constitution véritablement « du pays » ou autochtone plutôt qu'un texte qui doive sa légitimité à son histoire coloniale (comme en Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975]). On a fait valoir qu'il vaut mieux confier l'élaboration de la constitution à une assemblée constituante, organe qui diffère quelque peu d'un parlement ordinaire ; n'étant pas un organe législatif ordinaire, elle n'a pas les mêmes intérêts en cause dans le document et ne sera pas « juge et partie ». Cet avantage disparaîtra si, selon les termes de la nouvelle constitution, l'assemblée constituante se transforme en parlement (comme, par exemple, au Timor-Leste [2002]).

Encadré 37. Afrique du Sud : Un organe, deux rôles

Au terme de la constitution provisoire, des élections législatives ont été organisées pour élire un parlement qui serait aussi le principal organe constituant. Ce scrutin fut un évènement marquant car pour la première fois dans l'histoire du pays, la majorité des citoyens a pu voter. Il aurait été impossible de confier l'élaboration de la constitution à un organe distinct plus légitime.

Cet arrangement présentait d'autres avantages. Tous les députés nouvellement élus avaient la possibilité de participer au travail constitutionnel ; un secrétariat unique suffisait ainsi qu'un seul bâtiment. Il a été observé que, malgré la domination du parti African National Congress, « le pouvoir exécutif n'a pas contrôlé le processus comme il aurait pu le faire dans le cas d'un parlement ordinaire ».

Quand la population éprouve une profonde méfiance à l'égard des hommes politiques et des partis, un organe constitutionnel distinct est davantage susceptible de jouir d'un plus grand soutien populaire. C'est la raison pour laquelle les hommes politiques ne sont pas enclins à accepter ce type d'arrangement.

Quels sont les arguments en défaveur de la séparation du parlement et de l'assemblée constitutionnelle ? Les facteurs temps et coûts ne sont pas négligeables. En effet, il est évident que les travaux d'une assemblée spécialement créée prennent plus de temps que ceux d'une commission d'experts ou que ceux d'un parlement ordinaire (encore que dans le cas de ce dernier, ils peuvent aussi durer longtemps). Par ailleurs, ils coûtent certainement plus cher que s'ils sont confiés au parlement.

Si l'on se place dans la perspective des groupes intéressés, l'un des inconvénients d'une assemblée spéciale est son caractère imprévisible. En effet, les personnes qui s'engagent dans un processus d'élaboration de constitution souhaitent être en mesure de prédire le produit final, c'est-à-dire la constitution. Plus la composition de l'assemblée est « populaire », moins elle est prévisible. Les concepteurs du processus souhaiteront tenter de la rendre davantage prévisible. Ils peuvent faire en sorte que ses membres soient issus des partis politiques, restreindre les possibilités de vote des membres, décider des structures internes ainsi que du règlement de l'assemblée constituante mais tous ces efforts ne garantissent pas les résultats escomptés. Parfois même, il peut arriver que la discipline de parti s'effondre, cela fut le cas de la Conférence constitutionnelle nationale du Kenya où les partis ont été incapables de contrôler leurs membres et où des considérations d'ordre ethnique ont prévalu.

Il est arrivé à plusieurs reprises que des assemblées constituantes aient outrepassé leur mandat. Selon Jon Elster : « [L]es constituants américains ont ignoré les instructions émanant du Continental Congress concernant trois points importants lorsqu'ils ont décidé de rédiger une constitution entièrement nouvelle : de demander aux conventions des États

fédérés et non aux parlements régionaux de la ratifier, et d'exiger une ratification par au moins neuf États au lieu d'un processus à l'unanimité. En France, l'assemblée constituante a décidé d'ignorer les instructions de ses mandants concernant les procédures de vote et le veto du Roi. Enfin en Allemagne, l'assemblée constituante a réussi à s'imposer et à faire en sorte que la ratification se fasse par le biais des parlements des États fédérés et non d'un référendum populaire. Les constituants allemands ont aussi réussi à résister aux instructions (pas toutes) en matière de décentralisation données par les Alliés » (Elster 1995 : 375).

Dans certains processus, les structures ont un caractère hybride : des législateurs siègent dans l'assemblée constitutionnelle mais celle-ci compte beaucoup d'autres membres. Cet arrangement semble être un compromis raisonnable mais il comporte ses propres problèmes. Si les députés sont représentés en trop grand nombre, les deux organes ne pourront pas se réunir en même temps ce qui risque de ralentir considérablement le processus constitutionnel. Leur influence peut aussi être disproportionnée par rapport à leur nombre ce qui pose le risque d'un abus d'influence de leur part dans leur propre intérêt.

Statut juridique des assemblées

En temps de révolution ou de transition, la « légalité » des assemblées convoquées conformément aux dispositions de l'ancienne constitution peut être discutable. Les commentateurs américains se sont posé la question de savoir si les actes de la convention constitutionnelle étaient « illégaux » et jetaient ainsi les bases d'un nouvel ordre juridique. L'assemblée constituante française a été convoquée afin de lever des fonds pour le Roi. Mais à mesure que le système existant s'effondrait, elle s'est transformée en organe constituant. Il est important de noter que dans ce cas, l'assemblée (pourtant révolutionnaire) avait été convoquée par l'autorité en place. Dans d'autres situations de crise constitutionnelle, les assemblées constituantes ont été mises en place par l'action de forces extérieures, qu'il s'agisse de forces d'occupation comme celles qui ont occupé l'Allemagne (de l'Ouest) après la Seconde Guerre mondiale, ou celles des Nations Unies au Cambodge [1993] ou les forces américaines en Irak [2005]. À Vanuatu [1980], les membres des différents partis locaux ont formé leur propre assemblée constituante sans aucune forme de cadre légal formel et ont rédigé une constitution acceptée par les puissances coloniales (France et Grande-Bretagne) et entrée en vigueur.

Les Sud-Africains, comme nous l'avons mentionné plus haut, souhaitent préserver la continuité juridique. Ainsi, la constitution provisoire de 1993 et la constitution définitive ont été élaborées dans le respect des procédures parlementaires en vigueur à l'époque.

D'autres assemblées ont été convoquées dans des circonstances plus « normales » par les autorités en place aux fins précises d'élaborer une constitution. Ces autorités peuvent être le parlement régulièrement élu (comme au Kenya à la fin des années 1990) ou des autorités militaires (comme au Nigeria en 1977 et en 1988). Dans ces circonstances, il est probablement plus aisé de concevoir le processus et la structure de l'assemblée, toujours est-il que la mise en place d'une assemblée constituante est très souvent le résultat de fortes pressions exercées

par des forces opposées même non-belligérantes. D'ailleurs, lorsque le contexte est moins tendu, l'on a moins tendance à créer une assemblée constitutionnelle spéciale pour élaborer la constitution. Il suffit de prendre les exemples récents de la Finlande, de la Suède et de la Suisse, où les circonstances étaient normales et où le travail d'élaboration ou de réforme constitutionnelle a été confié au parlement ordinaire. Il est vrai que ce choix peut refléter les traditions nationales – encore qu'en Suisse les cantons peuvent parfois décider de faire appel à des assemblées constituantes pour élaborer leurs constitutions cantonales.

Aux fins du présent manuel, nous partons de l'hypothèse que l'élément déterminant pour les concepteurs du processus constitutionnel est de savoir si la constitution sera acceptable aux yeux de la nation ; ceci dépendra davantage de son contenu et du processus d'élaboration que d'arguments légalistes liés à ses fondations.

Conception

Cet ouvrage est destiné à ceux qui auront une possibilité de planifier le processus car certains enseignements peuvent être tirés des expériences du passé. Il serait utile de disposer au minimum d'une liste d'aspects à prendre en compte dans la conception d'une assemblée. Sont énumérés ci-après les grands objectifs liés à la conception rationnelle d'une assemblée constitutionnelle :

- La légitimité aux yeux de l'opinion publique ;
- L'organe qui agit en fonction de sa compréhension de l'intérêt public et non par intérêt personnel (de ses membres à titre individuel ou en tant qu'institution, des partis ou des groupes dont sont issus ses membres ou qu'ils représentent) ;
- L'organe doté des compétences requises (et qui peut avoir accès à l'assistance technique nécessaire).

Selon le point de vue des puristes, une véritable « assemblée constituante », incarnation de la souveraineté du peuple, devrait jouir de tous les pouvoirs d'élaboration d'une constitution sous réserve éventuelle d'une exigence de référendum. Dans la réalité, nombreuses sont les assemblées qui n'ont pas disposé de tels pouvoirs. Au tableau 8, nous présentons une échelle des tâches, des plus vastes au plus limitées.

Il n'existe pas de « parfait » ensemble de tâches à accomplir par une assemblée mais certaines considérations sont utiles pour la planification de ces tâches.

En ce qui concerne « l'éducation civique » (voir partie 2.2.2), il sera parfois nécessaire d'expliquer à l'assemblée constitutionnelle en quoi elle consiste et il se peut qu'elle soit mal équipée pour la mener à bien. Le soutien dont l'assemblée dispose en termes de ressources humaines, logistiques et autres peut être mal adapté à la tâche en question. Néanmoins, l'assemblée sud-africaine a rempli ce rôle avec efficacité en demandant à l'administration de recruter et de former une équipe qui soit chargée de l'éducation civique.

La question de savoir s'il faut mettre en place une commission ou un autre organe séparé pour la rédaction d'un avant-projet de constitution est très discutée. L'on peut arguer que

la souveraineté du peuple serait mieux respectée si l'assemblée constitutionnelle menait les deux activités car le document produit lors de la première étape entraîne certainement des restrictions sur le contenu du document définitif. Dans l'hypothèse où l'avant-projet préparé par un organe séparé tient compte de l'opinion publique et que le document est ensuite révisé par l'assemblée constitutionnelle, le produit final sera en théorie le résultat de deux processus différents traduisant le sentiment de la population (s'il est ensuite soumis au référendum, un troisième processus s'y ajoute). Si l'avant-projet est élaboré avant que l'assemblée constitutionnelle ne se réunisse, l'on doit se demander quand le « marchandage politique » a lieu : au niveau du comité de rédaction ou plus tard, lors des réunions de l'assemblée constitutionnelle, auquel cas se fait-il sur la place publique ou, au contraire, dans les coulisses ?

Tableau 8 : Tâches des assemblées constitutionnelles

Pays	Tâches
Afghanistan [2004]	Approbation, sans trop de débats, d'un projet devant ensuite faire l'objet d'une adoption
Cambodge [1993] ; Timor-Leste [2002]	Supervision de l'ensemble du processus conçu par d'autres, du projet jusqu'à la promulgation
Nigeria [1979, 1999] ; Kenya [2005]	Débats approfondis sur le projet existant avec possibilité de le modifier ; l'adoption est confiée à un autre organe
Ouganda [1995]	Débats approfondis sur le projet existant, tout amendement exigeant la majorité qualifiée ; l'adoption est confiée à un organe distinct
États-Unis [1787] ; Inde [1950] ; Bolivie [2009]	Élaboration d'un projet, suivie d'un débat de fond ; une adoption ou promulgation est exigée
Vanuatu [1980] ; Namibie [1990] ; Népal [processus en cours]	Conception de tout le processus (hormis la mise en place de l'assemblée constituante et du processus d'adoption), de la consultation publique (s'il y a lieu) à l'élaboration du projet jusqu'à la promulgation

S'il n'est pas prévu d'organe distinct, l'assemblée devra se charger de mener la consultation publique et être dotée de tout le personnel administratif nécessaire. Toutefois, il est probable qu'une assemblée n'ait pas la capacité d'assumer cette tâche car celle-ci exige un savoir-faire spécifique, des développeurs de logiciels informatiques et du personnel chargé de la saisie des données (voir la partie 2.3.4 sur les besoins en personnel d'un processus constitutionnel). Lorsque l'assemblée est en même temps le parlement ou si les députés sont aussi membres de l'assemblée, il vaudrait mieux éviter qu'ils dirigent des réunions de consultation publique. En effet, il se peut que les citoyens souhaitent soulever des points relatifs à la compétence et à l'engagement des législateurs ou de certains membres en particulier ; ils se sentiront naturellement mal à l'aise et ne pourront pas s'exprimer librement.

Taille

Les assemblées constitutionnelles ont tendance à compter beaucoup de membres, souvent trop, bien que leur composition varie considérablement (voir tableau 9.) Si l'une des raisons de la mise en place d'une assemblée constituante s'explique par le mécontentement vis-à-vis du parlement existant, le sentiment général est qu'il faut un organe plus important, plus représentatif de l'ensemble de la population. Si, comme au Kenya, les députés sont membres de l'assemblée, cette dernière doit être plus large que le parlement et d'ailleurs il a été décidé dans ce pays que les membres de l'assemblée seraient plus nombreux que les députés. D'un point de vue réaliste, si un pan de la société est représenté par un membre au sein de l'assemblée, il pourra en retirer un sentiment de satisfaction, mais il est improbable que ce membre puisse influencer par son seul vote les prises de décision (sauf si le vote à la majorité des deux tiers est extrêmement serré ou que le vote à l'unanimité est exigé à un moment donné). Mais n'oublions pas que le vote n'est pas la seule fonction des membres, ils sont là aussi pour exprimer l'opinion du segment de la société qu'ils représentent.

Un grand organe est difficile à contrôler. La prise de décision est laborieuse même au sein des commissions car elles aussi comptent beaucoup de membres. Si ce n'est pas le cas, le nombre de commissions est grand (ce qui complique le processus car il est difficile de fournir les services de secrétariat ou tout autre appui nécessaire et de suivre les activités des commissions). Le risque inhérent aux organes comprenant beaucoup de membres est que ces derniers sont tentés de faire des discours rhétoriques plutôt que de contribuer sur le fond.

La taille n'est pas tant un problème si la tâche de l'assemblée constituante revient essentiellement à approuver un document qui a été élaboré ailleurs (comme ce fut le cas en Afghanistan avec la Loya Jirga constitutionnelle), puisque ses membres n'ont pas vraiment besoin de comprendre tous les détails du texte. Cependant, il est souvent attendu de l'assemblée constituante qu'elle débâte de manière approfondie du projet et même quand ce n'est pas le cas, les membres insistent pour le faire.

Composition

Le dilemme qui se présente dans la création de tout organe constituant est de savoir comment concilier les souhaits de la population et ceux de la classe politique, notamment des partis politiques. Pendant une crise ou en situation de sortie de crise, les partis ne représentent pas forcément le peuple, le rôle des partis et le contrôle sur eux peuvent être problématiques dans le processus constitutionnel car il ne faut pas oublier que les partis politiques ont leurs propres intérêts à défendre comme les hommes politiques d'ailleurs.

Toutefois, toute constitution adoptée mais non acceptée par les hommes politiques ou par les partis est vouée à l'échec. Il est essentiel d'établir une bonne relation de travail entre les hommes politiques et le peuple. Le document définitif est souvent le fruit de compromis entre ces deux groupes et entre les différents segments de la société.

Lorsque le parlement est l'organe constituant, sa composition est soumise aux procédures habituelles (toutefois, s'il est élu afin d'élaborer la constitution, il se peut que les résultats

du scrutin différent quelque peu de ceux issus d'élections ordinaires). Si, au contraire, l'assemblée constituante est complètement dissociée du parlement, il est inutile de procéder à un scrutin normal et d'autoriser les partis à faire campagne de façon habituelle – la composition de l'assemblée reflète de toute manière en grande partie celle du parlement. Toujours est-il que d'autres personnes que des députés souhaitent se présenter aux élections.

La composition de différentes assemblées constitutionnelles figure au tableau 9.

L'on constate que certaines assemblées ont été conçues pour représenter le peuple, parfois à l'exclusion des hommes politiques traditionnels (occupés par ailleurs à légiférer dans un organe distinct). Les catégories de personnes retenues pour être représentées au sein de l'assemblée sont souvent celles qui ont été marginalisées par le passé ; leurs exigences seront même peut-être à la base de la mise en place d'une assemblée, ce fut le cas en Bolivie et au Népal. Le problème lié à ce cas de figure est que de nouveaux groupes font surface et exigent d'être représentés au sein de l'assemblée. Cela fut le cas au Népal où la constitution provisoire a dû être amendée afin d'étendre la composition de l'assemblée ce qui a rendu fort complexe le processus de sélection.

Élection et sélection des membres

Les membres des assemblées (autres que les législateurs ordinaires) peuvent être choisis selon différentes modalités :

- Élection directe par le peuple ;
- Élection indirecte par les structures politiques existantes comme les conseils locaux ;
- Élection ou sélection par des organes qui ne sont pas nécessairement actifs sur la scène politique et qui n'élisent habituellement pas les députés (par exemple, la société civile, les partis - autres que ceux d'un système à listes de parti - ou même par un individu tel qu'un roi) ;
- Nomination par le président de l'assemblée ou par une autre personne ou un autre organe, pour des raisons liées à la composition de l'organe et de ses compétences ou afin de remédier à l'insuffisance de représentativité.

Les arguments pour et contre une élection directe sont entre autres les suivants :

Arguments en faveur :

- Elle est démocratique ;
- Elle peut déboucher sur une représentation équitable ;
- Elle sera sans doute acceptable aux yeux de la population.

Arguments en défaveur :

- Elle coûte cher et elle prend du temps ;
- Si le système électoral est défectueux (un point à discuter lors des débats sur la nouvelle constitution), l'assemblée manquera de représentativité et aura intérêt à préserver le système défaillant ;

Tableau 9 : Composition des assemblées constitutionnelles

Pays et organe	Composition	Population du pays	Taille de l'assemblée	Femmes
Bolivie [2009] Assemblée constituante	Directement élue	9 millions	255	35 %
Bougainville [2004] Assemblée constituante	Membres de deux organes gouvernementaux existants, 36 du gouvernement provincial provisoire de Bougainville et environ 100 du Congrès populaire de Bougainville	185 000	136	8
Équateur [1998] Assemblée constituante	Membres directement élus	12 millions	90	28,5 %
Équateur [2008] Assemblée constituante	Système hybride, certains membres représentent les provinces (100) d'autres représentent les citoyens vivant à l'étranger (6) et les listes de partis (24)	13,7 millions	130	34 %
Érythrée [1997] Assemblée constituante	105 membres du parlement ; les autres membres ont été élus par des assemblées régionales ou choisis parmi les représentants érythréens à l'étranger	3,2 millions	527	30% quota
France [1789] Assemblée constituante	291 députés représentaient le clergé, 270 la noblesse et 584 le Tiers-État	28 millions	1 145	0
Allemagne [1949] Conseil parlementaire	Élus indirectement (les parlements régionaux ont élu certains de leurs membres)	50 millions	65	Environ 4
Inde [1950] Assemblée constituante	Principalement élus par les parlements provinciaux	345 millions	Environ 300	Environ 15
Kenya [2005] Conférence constitutionnelle nationale	Tous les députés du parlement (222) ; 3 membres de chaque conseil de district (pas plus d'un conseiller, au moins une femme) ; 126 choisis par la société civile ; 1 membre de chaque parti enregistré ; 13 membres nommés par la présidence pour représenter d'autres pans de la société ; membres de la commission constitutionnelle (29)	31 millions	629	Environ 136
Népal [processus en cours] Assemblée constituante (Assemblée constitutionnelle en Népalais)	240 membres élus au système majoritaire à un tour, circonscriptions géographiques à membre unique (2 des élus étaient des candidats indépendants) ; 335 élus au scrutin de liste ; 26 membres désignés par consensus entre les partis	26 millions	601	197
États-Unis [1787] Convention constitutionnelle	Élus ou choisis par les États à titre individuel	4 millions	55	0

Encadré 38. Participation active des membres

La commission constitutionnelle du Kenya a examiné les contributions des différentes catégories de membres aux débats en plénière. Sur le plan quantitatif, il a été observé que les contributions des députés étaient moins nombreuses que leur nombre ne pourrait le laisser entendre, tandis que celles des membres de la commission chargée de l'élaboration du projet de constitution qui a servi de base à la discussion l'étaient beaucoup plus. Seuls 61 pour cent des députés ont pris la parole alors que 91 pour cent des représentants des ONG sont intervenus ainsi que 89 pour cent des représentants des organisations religieuses. Seuls 46 pour cent des membres désignés pour représenter les « intérêts spéciaux » ont apporté des contributions. Ces chiffres reflètent sans doute le fait que les députés ne croyaient pas en l'aboutissement du processus tandis que les représentants de la société civile et ceux des districts avaient foi dans le processus. C'était probablement une erreur d'inclure dans l'assemblée constituante des membres du comité de rédaction – ils n'avaient pas le droit de vote mais ils ont pu faire entendre largement leur voix au sein des comités thématiques.

- Elle peut être dominée par les partis politiques ;
- Les personnes compétentes et intègres peuvent hésiter à se porter candidates à l'élection (ou elles peuvent être rejetées par les partis) ;
- Les membres élus se sentent obligés de respecter leur mandat et sont moins disposés à accepter des compromis.

De nombreuses assemblées sont composées en appliquant une combinaison de méthodes.

Il a été allégué que quel que soit le système électoral, la meilleure garantie d'une bonne représentativité du peuple au sein de l'assemblée constituante est d'avoir recours au système de représentation proportionnelle avec un seuil faible afin d'assurer la présence des petits partis. Dans certains pays, il a été adopté un système de scrutin de liste à représentation proportionnelle (par exemple, l'Afrique du Sud) ou un système de scrutin de liste avec des circonscriptions plus restreintes (comme en Namibie). Pour l'assemblée constituante népalaise, un système mixte a été retenu, chaque circonscription étant représentée par un seul membre (240 membres) en plus d'un scrutin de liste (335 membres). Au lieu de compter sur le caractère naturellement plus inclusif d'un scrutin selon un système proportionnel (les citoyens se méfiaient des partis politiques et de leur disposition à être plus ouvert dans leur sélection des candidats) il a été, au contraire, décidé d'imposer des exigences strictes en termes de représentation des femmes, des castes, des ethnies pour la constitution de listes et l'attribution de sièges. En Bolivie, les partis n'étaient pas autorisés à pourvoir les trois sièges prévus pour chaque district même s'ils avaient recueilli suffisamment de voix pour le faire : à partir du moment où un autre parti avait remporté au moins 5 pour cent des voix dans le

district en question, c'est à lui que revenait le troisième siège. Cette méthode a été conçue afin de protéger les petits partis. Les scrutins selon un système proportionnel donnent plus de pouvoir aux partis politiques.

Certaines assemblées comprennent des membres figurant sur une liste qui n'est pas une liste de parti politique. Ainsi, la moitié des listes présentées à l'élection de l'Assemblée constituante de Genève en 2008 étaient des listes dressées par les partis politiques, l'autre moitié était des listes de citoyens ayant des intérêts particuliers (tels que les propriétaires de maisons, les femmes, les retraités) dont une liste dressée par une fédération de 480 organisations locales de toutes sortes. Il est courant que le système de scrutin de liste à représentation proportionnelle exige que le parti recueille un pourcentage minimum de voix pour avoir des membres élus au parlement – au moins 1, 3 et parfois même 7 pour cent. Le but est d'empêcher que des partis marginaux ou même extrémistes puissent remporter des sièges. Il est possible d'abaisser le seuil pour des élections à l'assemblée constituante précisément pour encourager l'inclusion de la gamme la plus complète possible d'intérêts nationaux.

Le droit de vote dans une assemblée peut être élargi à des personnes autres que celles qui sont normalement habilitées à voter aux élections législatives. En Érythrée, quelques membres de l'assemblée ont été élus par la diaspora érythréenne (tandis que dans d'autres pays, ce droit de vote a été refusé à la diaspora). Les Afghans qui se trouvaient dans des camps de réfugiés à l'extérieur de leur pays avaient le droit de voter pour la Loya Jirga constitutionnelle. Dans une situation où le pays sort d'une crise grave, les exilés sont sans doute nombreux mais il faut rappeler ici que des tensions peuvent exister entre les exilés et ceux restés au pays. Au Kenya, un tribunal a rendu une décision selon laquelle les prisonniers avaient le droit de voter à un référendum mais pas aux élections législatives. Une possibilité analogue pourrait être prévue pour le vote à une assemblée constituante – selon les termes de la constitution en vigueur. Si aucune constitution n'existe il serait bon d'avoir une vision plus large du droit de vote.

Un autre processus de sélection, par la société civile, a été utilisé pour plusieurs assemblées constituantes, en Afghanistan [2004] et au Kenya [2005], par exemple. Ce système comporte des risques, dont celui d'influence excessive ou de corruption dans « les élections à cercle restreint » avec pour résultats de fausses représentations. Toutefois, si la solution de rechange est d'avoir des élections dominées exclusivement par des partis non réformés, alors il vaut sans doute mieux courir ces risques. Dans un système où la société civile est véritablement en phase avec la société, ces risques peuvent très bien ne pas se présenter.

La désignation d'un nombre modeste de membres peut être conçue de manière à impliquer des représentants de groupes ou de segments sous-représentés de la société ou encore des individus dont l'expérience enrichira les débats ou donnera davantage de légitimité à l'assemblée. Ce pouvoir de désignation peut appartenir au président de l'assemblée (comme ce fut le cas au Kenya quand le président de l'assemblée a désigné certaines personnalités du monde des entreprises ainsi que des médias). Or dans certaines circonstances, le président de l'assemblée n'est pas connu à l'avance car il peut être nommé par consensus entre les partis, comme au Népal ; il faut remarquer que les grands partis ont dans une certaine mesure sapé

l'objectif convenu (qui était de tenir compte de la compétence et non de l'affiliation politique) puisqu'ils se sont répartis les postes sans les pourvoir nécessairement par des experts.

Rares sont les pays où le vote est une obligation légale. Il a été suggéré que même dans un pays où le vote est obligatoire, il ne devrait pas l'être pour les élections à une assemblée constituante. Mais au New Jersey en 1966, seuls 3 pour cent des électeurs ont voté pour les membres de l'assemblée constituante ce qui bat en brèche la notion de participation populaire.

Campagne

S'il est vrai que les campagnes électorales bénéficient généralement d'un financement public, l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il en soit de même pour les campagnes précédant les élections à l'assemblée constituante. Mais la particularité de ces élections est que des candidats non affiliés à un parti politique se présentent. Il a été proposé de réaliser une fiche d'information sur tous les candidats financée à partir du budget public pour être distribuée à la population. Quelques pays ont interdit les rassemblements politiques ainsi que les campagnes, n'autorisant que des réunions électorales mixtes, financées par l'État (par exemple, la Tanzanie à l'époque du parti unique). Cette option vaudrait la peine d'être envisagée pour les élections aux assemblées constitutionnelles.

Fédérations ou pays en cours de fédération

Dans les pays de système fédéral, les élections indirectes (habituellement par une assemblée législative à un niveau infranational) sont la norme, comme aux États-Unis à l'époque de la convention constitutionnelle et dans une certaine mesure en Inde en 1946. Cette méthode présente les failles suivantes :

- La mise en place de l'assemblée est soumise à un processus de négociation entre des entités et n'est pas un processus populaire ;
- L'assemblée ainsi constituée va refléter les distorsions caractérisant l'État fédéral, celles-là mêmes qui sont à l'origine des différends qui sous-tendent la demande d'une nouvelle constitution.

La représentation des entités doit-elle se fonder sur le critère de l'égalité ou sur celui de la population ? La première option favorise les entités plus petites. Il est important d'examiner les questions de représentation au regard des dispositions de vote ; combien de voix faut-il pour adopter une proposition ou, au contraire, pour en bloquer une ?

Qualifications des membres

L'on pourrait soutenir que pour garantir une représentativité la plus large possible de l'assemblée, la seule qualification requise pour en être membre est d'être citoyen du pays et éventuellement d'être inscrit sur la liste électorale. Certains pays pourraient envisager de donner aux membres de la diaspora nationale, même non citoyens, la possibilité d'être membre de l'assemblée. Ils ont fui leur pays contre leur gré du fait de l'oppression ou de l'insécurité et n'ont pas abandonné tout espoir d'y retourner.

Il existe différents exemples concrets de critères requis pour devenir membres de l'assemblée. Le Nigeria en 1977 a posé comme condition que les membres de l'assemblée soient « autochtones » de l'État qu'ils représentaient (signifiant par-là qu'ils étaient membre d'une ethnie « originaire » de l'État concerné). Le Nigeria a décidé en 1988 de disqualifier les chefs suprêmes traditionnels. Le Nigeria et le Népal (2007) ont exclu les fonctionnaires en exercice et le Népal a écarté la possibilité pour quiconque d'être rémunéré sur les deniers publics. En 1977 et de nouveau en 1988, le Nigeria a exigé de tout candidat qu'il produise une quittance de paiement d'impôts pour les trois années écoulées (mesure qui pourrait constituer une discrimination à l'égard des femmes) tandis que le Népal a écarté toute personne ayant une dette envers l'État. Dans sa volonté d'exclure les corrompus, le Népal a mis de côté toute personne reconnue coupable au cours des deux années écoulées d'un délit de « turpitude morale » ou de corruption ou de délit électoral. Il est allé jusqu'à interdire tous ceux qui figuraient sur la liste noire (légale) des débiteurs auprès des banques. Il a aussi écarté tous les jeunes de moins de vingt-cinq ans, étouffant ainsi la voix de la jeunesse.

Il peut s'avérer déroutant pour les électeurs d'être placés devant un nombre important de candidats et pour limiter leur nombre on pourrait exiger, par exemple, qu'ils bénéficient d'un certain niveau de soutien. En 1977, le Nigeria a fixé à dix le nombre de personnes devant appuyer un candidat tandis qu'au Népal en 2007, il suffisait que la candidature soit proposée par une personne et appuyée par une deuxième. Un autre moyen de décourager les candidatures fantaisistes est d'exiger un dépôt financier. Au Népal, tout individu souhaitant représenter une circonscription géographique était obligé de payer une caution de 3000 roupies (l'équivalent d'environ 45\$) et tout parti présentant une liste au scrutin selon la représentation proportionnelle devait verser 20 000 roupies (autour de 300\$).

Faire siéger les experts en qualité de membres ?

Elster laisse entendre que les experts ne devraient pas être membres d'organes constituants, la constitution devant selon lui être le fruit de négociations entre les représentants du peuple et non une affaire d'experts. « Les juristes ont tendance à rejeter des formules qui comportent des vices de forme et qui sont délibérément ambiguës alors qu'elles sont peut-être nécessaires pour dégager un consensus » (Elster 1995 : 395). Par ailleurs, les experts ont, comme tous les autres citoyens, le droit de se présenter à une élection et leur exclusion signifierait une perte d'expertise à l'assemblée. C'est pour cette raison que certains pays réservent des sièges aux personnes jouissant d'une expertise donnée, alors que dans de nombreux autres pays, quelques membres auront des compétences, les juristes occupant une place importante. En Inde, les partis politiques ont fait en sorte d'inclure dans l'assemblée constituante des experts éminents.

Non-membres jouissant d'un statut spécial

Au Kenya [2005], certains observateurs avaient le droit d'assister aux délibérations et de discuter de manière informelle avec les membres pendant les pauses. Ils étaient issus de la société civile et ont été choisis par un comité (parmi des milliers de candidats). Il a été posé comme principe d'autoriser la présence de groupes dont la contribution potentielle

était importante mais qui ne siégeaient pas officiellement à l'assemblée. Les observateurs avaient le droit d'assister aux séances plénières (comme tout citoyen ordinaire) et ont été affectés à des commissions (contrairement à tout citoyen ordinaire) mais n'avaient pas le droit de parole ni de vote. Vingt-huit organisations ont été accréditées, elles ont ainsi eu la possibilité de faire du lobbying auprès des membres, de distribuer de la documentation et de tenir des réunions dans le même lieu que l'assemblée constituante.

Ailleurs, des observateurs du gouvernement ont été inclus – imprudemment peut-être. Ainsi en Afghanistan [2004], les membres de la commission constitutionnelle qui avaient élaboré le projet de texte ont été admis en tant qu'observateurs ainsi que les membres du cabinet de transition et les chefs de la commission des affaires judiciaires et de la commission des droits de l'homme. Ils n'avaient pas le droit de voter ni d'exprimer leur opinion à moins que l'un des membres de la Loya Jirga constitutionnelle ne leur pose une question.

Rémunération des membres

Si les membres de l'assemblée constitutionnelle occupent déjà des positions publiques rémunérées, en tant que législateurs, par exemple, il n'y a aucune raison de les rémunérer pour leur rôle au sein de l'assemblée constituante. Mais dans plusieurs pays, les législateurs sont passés maîtres dans l'art de réclamer des indemnités pour tout ce qu'ils font. En revanche, ceux qui sont très peu rémunérés ou pas du tout pourraient légitimement réclamer une compensation pour ce service public. L'idéal serait que les salaires ne soient pas fixés par les membres de l'assemblée constituante car ceci pourrait être la porte ouverte aux abus et, par conséquent, au discrédit de l'assemblée.

Structure de l'assemblée

Il ne semble pas être nécessaire d'avoir une seconde chambre dans le contexte d'une assemblée chargée uniquement d'élaborer la constitution. Elle est censée représenter tout le peuple et elle peut très bien le faire au sein d'une seule chambre. Il faut en effet éviter tous conflits avec un autre organe. La seule utilité d'une seconde chambre est d'empêcher que l'assemblée, qui n'est soumise à aucune contrainte réelle, ne s'écarte de sa mission. Mais pour pouvoir remplir cette fonction la seconde chambre doit jouir d'une grande légitimité auprès de la population, légitimité qui peut être mise à rude épreuve en cas de désaccord entre les deux chambres.

Commissions

Il est courant que le gros du travail soit abattu par les commissions. Outre celles qui ont pour responsabilité de délibérer sur le fond, d'autres commissions sont chargées des questions administratives. Certaines ressemblent aux commissions parlementaires (en ce qui concerne la discipline des membres, par exemple), d'autres doivent être mises en place car l'assemblée est un organe nouveau sans structures existantes. Il peut y avoir, par exemple, une commission qui s'occupe du bien-être des membres, de leur logement, de leur transport et ainsi de suite. Compte tenu de la nature particulière des travaux de l'assemblée,

il faut peut-être créer des commissions spéciales, pour faire de l'éducation civique, recueillir les opinions, former les membres. Citons parmi ces commissions :

- Une commission chargée du renforcement des capacités et de la gestion des ressources, une commission chargée de recueillir et de coordonner les opinions de la population dans le processus népalais ;
- Une commission du personnel et des finances, une commission d'accréditation des membres, une commission chargée des installations (logements, bibliothèque et autres), une commission chargée de la tribune de la presse, un comité directeur et une commission chargée de la chronologie des travaux (devant définir la voie à suivre pour l'assemblée constituante) dans le cas de l'assemblée indienne.

Comment faut-il attribuer les différents sujets et thèmes de discussion aux commissions ? Il est parfois possible de s'inspirer de la structure prévue dans la constitution existante avec pour inconvénient que la structure de la nouvelle constitution pourra être dictée par celle de l'ancienne. Dans certains cas, le mandat des commissions reflètera fidèlement les préoccupations nationales comme en Bolivie où l'assemblée constituante avait inclus des commissions « éducation et interculturalité », « hydrocarbures, minerais et métallurgie », « ressources en eau et énergie », « développement intégré de l'Amazonie » et « coca ».

Les membres de l'assemblée sud-africaine étaient répartis dans les commissions suivantes :

- Commission I – État démocratique (préambule, citoyenneté, égalité, suprématie de la constitution, élections, liberté d'information, responsabilité, séparation des pouvoirs) ;
- Commission II – Séparation des pouvoirs, procédures législatives, amendements constitutionnels, structure des pouvoirs publics, parlements, système électoral, chefs traditionnels, exécutif ;
- Commission III – Relations entre les niveaux de gouvernement ;
- Commission IV – Droits fondamentaux ;
- Commission V – Systèmes judiciaires et juridiques ;
- Commission VI – Administration publique, institutions financières, transformation, services de sécurité.

Il serait utile de garder à l'esprit les critères suivants :

- Les commissions ne doivent pas compter plus de trente membres sous peine de perdre tout l'avantage d'avoir un organe restreint ;
- Il est certes utile d'avoir des compétences précises au sein des commissions mais il n'est pas pratique de laisser les membres choisir leur propre commission faute de créer un déséquilibre dans la taille des commissions. Souvent, il est aussi important d'avoir des non-experts en sus des experts puisque toute l'idée d'une assemblée constitutionnelle est d'entendre la voix du peuple et pas seulement celle des spécialistes.
- La composition des commissions doit, si possible, être équilibrée en termes de sexe, d'ethnie, et autres composantes de la société.

Si le parlement est responsable du processus, la structure des commissions sera sans doute différente. Le parlement a de nombreuses autres fonctions à remplir et d'autres commissions existent déjà. Il est donc possible que le parlement décide de ne pas assigner tous ses membres au processus d'élaboration constitutionnelle mais de créer, au contraire, une commission à cet effet. Celle-ci fonctionnera essentiellement comme une commission constitutionnelle.

Au Zimbabwe [processus en cours], une commission parlementaire a été chargée de superviser le processus d'élaboration de la constitution. Elle a désigné dix-sept « commissions thématiques » composées à 30 pour cent de législateurs, le reste des membres représentant les « parties prenantes » en-dehors du parlement.

Lieu

Il paraît naturel que l'assemblée ait son siège principal dans la capitale nationale, pour des raisons symboliques mais aussi parce que ce sera la ville la plus accessible. D'autres bonnes raisons peuvent être avancées pour qu'elle se réunisse ailleurs :

- Elle est ainsi à l'écart du siège du parlement national ;
- C'est un symbole de rupture avec le passé ;
- Elle se réunit dans un endroit plus calme, loin des turbulences ;
- Elle n'est pas soumise à des pressions indues de la part de la population ou d'organisations de la capitale déjà toute-puissante.

D'autres facteurs similaires justifient que l'on choisisse d'autres villes. En Bolivie, l'assemblée constituante a siégé à Sucre, l'ancienne capitale coloniale et non dans la capitale actuelle où siège le parlement. Cependant, elle est devenue l'otage des revendications des habitants de Sucre concernant le statut constitutionnel de la ville.

Il faut aussi trouver un équilibre entre la nécessité d'assurer la protection des membres tout en ne laissant pas aux forces de sécurité la possibilité de les intimider.

Dans l'hypothèse où l'assemblée se réunirait dans la même ville que le parlement, il vaut mieux éviter qu'elle siège dans le même lieu. Il n'est pas toujours aisé de trouver un endroit assez vaste pour accueillir l'assemblée car celle-ci a besoin d'une grande salle pour ses séances plénières mais aussi de nombreuses salles pour les commissions, le personnel d'appui, le matériel et les équipements collectifs (si l'accès aux débats est public). L'organe kenyan se réunissait dans une grande salle conçue pour des spectacles de danse destinés aux touristes (préférée au centre de conférences afin d'éviter que les délégués ne s'éclipsent dans leur bureau ou aillent faire les magasins). De la galerie du public, il était extrêmement difficile d'entendre et de voir les délégués ; le problème de pénurie de salles a été en partie réglé par le recours à des tentes ce qui a rendu impossible le respect de la confidentialité des délibérations. Au Népal, le centre de conférences a été utilisé, le président de l'assemblée se trouvait sur une estrade qui était la seule partie visible de la salle à partir de la tribune du public. En Afghanistan, un grand chapiteau fut érigé.

Appui et équipements

L'assemblée constituante aura besoin des éléments suivants :

- Un organe de gestion administrative – dont le personnel devra sans doute disposer de compétences plus vastes qu'un secrétariat parlementaire ordinaire (voir partie 3.3 sur la création de cette structure) ;
- Dispositions logistiques pour les membres (si possible logement aussi) ;
- Son propre matériel d'impression ou à défaut accès à ce type de matériel ailleurs ;
- Communications (radio, ordinateurs, studio de télévision et ainsi de suite) ;
- Véhicules ou accès à des véhicules s'il y a lieu de se déplacer ;
- Dispositifs de sécurité.

(Pour une liste plus détaillée de ces besoins, voir la partie 2.3).

Durée

Il est difficile de prévoir combien de temps il faudra à l'assemblée constituante pour achever ses travaux – surtout si elle est chargée de bout en bout du processus d'élaboration de la constitution. Si elle doit se limiter à l'examen d'un projet complet existant déjà, alors il sera possible d'établir un échéancier précis – et surtout de restreindre la durée de vie de l'assemblée constituante afin de limiter son rôle.

Fixer des délais peut empêcher les groupes très patients (mais pas nécessairement mus par l'intérêt national mais peut-être par l'appât de gains financiers) d'obtenir des avantages. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'une assemblée est composée en partie par des personnes qui n'ont pas l'habitude du travail délibérant de ce genre et qui auront, par conséquent, besoin d'un certain temps pour comprendre leur rôle et se sentir à l'aise. Si le processus est trop précipité, les membres les plus expérimentés (probablement des hommes politiques chevronnés) auront le dernier mot.

Que devient une assemblée une fois sa tâche achevée ?

Il est important que la loi (s'il en existe une) indique clairement ce qui se passe quand l'assemblée a parachevé sa tâche. La constitution provisoire du Népal est un peu floue : « Le mandat de l'assemblée constituante sera de deux ans à compter de sa première réunion » mais sa tâche s'achève « le jour où la Constitution est promulguée par l'assemblée constituante ».

Il n'est pas souhaitable de transformer l'assemblée constituante et d'en faire le premier parlement aux termes de la nouvelle constitution, ne serait-ce que parce que sa composition est très différente de celle d'un parlement ordinaire, comme nous l'avons vu plus haut. Toutefois, il n'est pas facile d'empêcher cela en application du droit en vigueur si l'assemblée est perçue comme jouissant des pleins pouvoirs constituants – en d'autres termes, elle crée un nouvel ordre juridique qui vient supplanter le droit existant.

Conclusion

Le contexte et la tradition du pays seront déterminants pour les options énumérées ci-dessus. Les concepteurs du processus doivent suivre attentivement quels sont les modèles choisis à l'étranger et tirer des enseignements des approches et expériences passées dans leur propre pays.

3.1.3 Conférences nationales

Les conférences nationales (connues parfois sous le nom de conventions nationales) sont généralement des organes composés de nombreux représentants non-élus qui sont désignés par toute une gamme de groupes d'intérêts divers. Elles sont mises en place en vue de discuter de questions constitutionnelles et d'examiner les différentes options futures pour le pays qui se trouve en situation de crise nationale intense, dans une période de transition d'un régime autoritaire (à parti unique ou dictature militaire) vers un régime plus démocratique. Elles ont été établies surtout (mais pas seulement) dans les pays africains francophones entre la fin des années 1980 et le début des années 1990, de façon rapide, en réaction à une crise. Souvent, elles offraient l'occasion, pour la première fois en une ou deux décennies, d'avoir un large débat public sur les problèmes auxquels le pays était confronté. Leurs délibérations étaient généralement diffusées en direct à la télévision et à la radio.

Outre les représentants de l'État, la majorité des conférences nationales comprenaient des représentants choisis par des groupes d'intérêt comme les partis politiques de l'opposition et les associations civiles. Elles avaient tendance à être beaucoup plus importantes que les assemblées constituantes ; ainsi la conférence nationale en République démocratique du Congo, réunie en 1991-1992, comptait plus de trois mille participants. Sur le plan des tâches constitutionnelles exécutées, une minorité de ces conférences nationales a élaboré et adopté un texte constitutionnel tout comme le font certaines assemblées constituantes. La majorité d'entre elles toutefois avait pour fonction de proposer des grands principes et d'élaborer des propositions qui étaient traduites ensuite en un texte constitutionnel par le parlement de transition qu'elles avaient établi. Nombreuses d'entre elles se sont déclarées souveraines et se sont substituées aux pouvoirs exécutif et législatif en place, assumant ainsi un rôle dépassant de loin celui d'élaboration d'une constitution.

L'organisation et la gestion d'une telle conférence nationale pouvaient être problématiques en raison d'une conjugaison de facteurs : rapidité de la convocation, faiblesse et désorganisation souvent du front d'opposition au régime, taille importante et représentation de nombreux groupes en son sein.

Origines des conférences nationales

Les origines de nombreuses conférences nationales remontent aux crises financières et politiques intenses, certaines conduisant à la faillite de banques, à l'incapacité de l'État de payer les salaires des fonctionnaires, aux grèves nationales, à des affrontements violents entre les syndicats, groupes d'opposition et les militaires. Ces crises ont souvent

été exacerbées par la pression de la part de la communauté internationale, en faveur d'une réforme structurelle des économies nationales à partir du milieu des années 1980 et en faveur d'une réforme politique à partir de 1988-89. Compte tenu de l'ampleur de ces crises, l'État ne jouissait de peu ou pas de légitimité et se trouvait dans l'incapacité de faire avancer les réformes dans le cadre des institutions existantes. De surcroît, dans la majorité des cas, les partis politiques avaient été interdits ou étaient extrêmement faibles et ne représentaient donc pas une force suffisante pour imposer la solution de l'établissement d'un nouveau parlement ou d'une assemblée constituante élue. Or, il fallait bien trouver une autre forme d'institution pour permettre au gouvernement national en crise de légitimité de dialoguer avec un éventail plus vaste de groupes d'intérêts qui ne s'étaient pas regroupés en parti ou en groupe d'opposition légitime.

C'est ainsi que sont nées les conférences nationales dont les plus célèbres se sont tenues en Afrique francophone, la première étant celle du Bénin en février 1990, suivie de celles du Gabon, de la République du Congo, du Mali, du Niger, du Togo, de la République démocratique du Congo, de Madagascar et du Tchad entre 1990 et 1993.

Influences françaises et autres

Le fait que tant de pays africains francophones en crise aient décidé de choisir comme organe d'élaboration de constitution une conférence nationale s'explique par les liens de ces pays avec la France, ancienne puissance coloniale avec laquelle la plupart d'entre eux continuaient à entretenir d'étroites relations. Les États Généraux, réunis à Paris en 1789 à la veille de la Révolution française, font figure d'institution de poids et de modèle pour la conférence nationale. Leur importance fut rappelée en 1989 à l'occasion de la commémoration du bicentenaire de la Révolution française par des célébrations en France qui ont fait l'objet d'une large couverture médiatique en Afrique francophone. L'éducation des élites qui ont organisé les conférences nationales en France ou de celles qui ont fréquenté les écoles coloniales françaises insiste toujours sur l'importance de la révolution et des États Généraux.

Il existe cependant d'autres influences que celles des liens avec la France. De grands rassemblements présentant quelques similitudes avec les conférences nationales s'inscrivaient dans le processus de réforme lancé vers la fin des années 1980 ailleurs en Afrique, dans des pays qui n'avaient pas eu de liens privilégiés avec la France tels que l'Éthiopie, la Namibie, la Somalie et l'Afrique du Sud. Notons aussi que plusieurs pays francophones africains n'ont pas mis en place de conférence nationale même si les groupes d'opposition de ces pays en réclamaient à cor et à cri au début des années 1990, ce fut le cas du Burkina Faso, du Cameroun, de la République centrafricaine, de la Côte d'Ivoire et de la Mauritanie.

Il est vrai aussi que l'organisation d'une conférence nationale n'est pas l'apanage des seuls pays africains francophones. En effet, la première conférence de ce genre à être convoquée en Afrique fut celle de São Tomé et Príncipe, ancienne colonie portugaise, où en décembre 1989 quelque six cents membres issus pour la plupart du parti au pouvoir ont rempli un rôle constitutionnel restreint. (Ils ont présenté au parti politique au pouvoir des recommandations

en faveur d'une réforme politique). La possibilité d'opter pour une conférence nationale en tant qu'institution est apparue grâce à l'expérience de l'Afrique francophone au début des années 1990 et ceci explique en partie pourquoi des pays avec une histoire et une culture différentes ont à leur tour créé des organes présentant certaines caractéristiques des conférences nationales. Citons parmi eux le Sierra Leone [1991], la Russie [1993], l'Indonésie (processus d'amendement constitutionnel de 1999 à 2002) et le Rwanda [2003] (encore qu'ici il s'agisse plutôt d'organes « hybrides » comme nous le verrons par la suite).

Quelques caractéristiques et problèmes liés aux conférences nationales

Certaines caractéristiques de conférences nationales que l'on observe couramment et les problèmes associés à leur fonctionnement méritent un bref commentaire. Ils portent sur :

- Les procédures suivies pour prendre la décision initiale de créer un tel organe ;
- La diversité des rôles et tâches qui leur incombe, en particulier ceux qui ont trait à l'élaboration de la constitution ;
- Leur taille importante, leur composition visant à représenter les différents intérêts, leur courte durée, ainsi que des difficultés associées à ces caractéristiques, en particulier :
 - Difficulté de fonctionner en tant que véritable organe délibérant ;
 - Difficultés d'ordre administratif, de traduction ;
- La question de savoir qui présidera la conférence nationale et l'importance d'adopter une vision tournée vers l'avenir.

Toutes ces caractéristiques et tous ces problèmes peuvent être aisément examinés à la lumière des neuf conférences nationales organisées dans les pays africains francophones entre 1990 et 1993. Le tableau 10 présente des informations générales sur ces conférences.

Par ailleurs, il faut s'arrêter un instant sur les résultats constitutionnels de ces conférences nationales.

Processus de mise en place des conférences nationales

Compte tenu de la précipitation avec laquelle les gouvernements autoritaires récalcitrants étaient obligés (souvent) face aux crises de convoquer des conférences nationales, il était rare que ces gouvernements aient pu conclure un accord détaillé avec les groupes d'opposition peu structurés sur les objectifs, la composition et le fonctionnement de la conférence. Cette absence d'accords a rendu le travail de certaines conférences particulièrement ardu, le gouvernement et les groupes d'opposition adoptant des positions diamétralement opposées et refusant de coopérer. Au Togo, les soldats fidèles au président ont encerclé le lieu de la conférence à diverses reprises, ont mis à exécution le décret présidentiel ordonnant la suspension des travaux et ont par la suite pris en otage le parlement de transition.

Dans un premier temps, les conférences nationales se limitaient habituellement à créer des commissions préparatoires qui devaient décider quels groupes seraient représentés. En général, elles ne choisissaient pas les représentants de ces groupes, laissant le soin aux groupes

Tableau 10 : Conférences nationales dans les pays africains francophones, 1990 à 1993

Pays	Dates/durée	Participants chiffres (approx.)	Rôle : Élaborer des principes constitutionnels ou des propositions avec le parlement de transition mis en place par la conférence nationale aux fins d'élaborer et d'adopter une nouvelle constitution	Rôle : Élaborer et adopter un projet de constitution, ce qui requiert généralement l'approbation du parlement ou du chef de l'État ou par voie référendaire ou une combinaison de ces méthodes
Bénin	1990, 10 jours	488	Oui	Non
Gabon	1990, 3 semaines	2 000	Oui	Non
République du Congo	1991, 5 mois	1 202	Oui	Non
Mali	1991, 15 jours	1 800	Non	Oui
Niger	1991, 4 mois	1 200	Oui	Non
Togo	1991, 52 jours	962	Oui	Non
République démocratique du Congo	1991–1992, 17 mois (par intermittence)	3 000 et plus	?	?
Madagascar	1992, 10 jours	1 400	Non	Oui
Tchad	1993, 3 mois	830	Oui	Non

eux-mêmes de décider de leur méthode de sélection. Le Bénin fait figure à part puisqu'une table ronde a été organisée en amont de la conférence nationale au cours de laquelle le gouvernement et les principaux chefs de l'opposition ont négocié des accords de base portant sur le processus et certains principes que devait respecter la constitution à être élaborée par la conférence nationale.

Ce faisant, un minimum d'entente s'est instauré entre les acteurs clés de la conférence, facteur qui a probablement contribué au succès de cette conférence par rapport à toutes les autres pratiquement. Voir l'étude de cas sur le processus d'élaboration de la constitution au Bénin à l'annexe A.2. Les processus de table-ronde sont abordés dans la partie 3.2.2.

Rôles et responsabilités

Les conférences nationales étaient des organes polyvalents. Concernant leurs responsabilités constitutionnelles, deux grandes variantes se dégagent. La plupart d'entre elles ont élaboré des propositions en matière de principes de base ou fait des recommandations sur le texte

de la nouvelle constitution. Ensuite, souvent en raison du manque de temps, elles ont mis en place un parlement et un gouvernement de transition (évinçant par-là les pouvoirs exécutif et législatif existants) et ont confié au parlement de transition la responsabilité d'intégrer ces principes directeurs ou recommandations dans la nouvelle constitution – en réalité, les parlements de transition déléguaient cette tâche à une commission. Dans de nombreuses instances, la conférence stipulait aussi que la nouvelle constitution devait être approuvée par voie référendaire. Parfois, comme au Tchad en 1992, une commission préparatoire élaborait la première mouture de texte pour la soumettre ensuite à l'examen de la conférence nationale.

Dans d'autres cas, la conférence nationale élaborait sa propre constitution (en même temps que d'autres lois fondamentales telle que la nouvelle loi électorale). La courte durée de vie des conférences nationales impliquait que dans ces rares occasions, le gros du travail d'élaboration du projet de texte devait être fait en commissions ou en groupes de travail. Tandis que certaines conférences ont pu élaborer un projet de constitution, la plupart de celles qui avaient décrété initialement leur autorité pour le faire ont finalement dû y renoncer car elles n'avaient pas le temps de se réunir suffisamment longtemps pour achever les travaux et ont rejoint les rangs de la majorité des conférences qui ont délégué leur autorité à une forme ou autre de conseil de transition. Citons le Tchad à titre d'exemple. La conférence nationale avait l'autorité de débattre, d'amender et d'adopter le projet soumis par la commission préparatoire. Mais comme le processus durait beaucoup plus longtemps que prévu, la conférence a délégué à un parlement de transition la responsabilité d'achever et d'adopter le projet, travaux qui ont duré deux ans.

Quand une conférence délègue son pouvoir de rédaction du texte constitutionnel à un parlement de transition, elle peut néanmoins influencer de deux manières sur l'élaboration de la nouvelle constitution. Premièrement, en posant des principes et propositions que le parlement de transition doit prendre en compte dans ses décisions concernant le contenu de la constitution. Deuxièmement, en décidant de la composition du parlement de transition.

En plus de leur rôle constitutionnel, certaines conférences nationales ont décidé de traiter les délits, crimes et violations de droits de l'homme commis par le passé. Lorsqu'elles se sont arrogé la souveraineté (et beaucoup l'ont fait), elles se chargent de mettre en place de nouvelles institutions gouvernementales de transition et de planifier les élections. Si les fonctions des conférences nationales ne sont pas clairement définies, les participants auront du mal à accorder leur pleine attention à leurs tâches constitutionnelles.

Taille, composition et durée

La taille, la composition et la durée des conférences varient considérablement. Le tableau 10 indique les écarts importants dans le nombre de participants aux neuf conférences qui ont eu lieu en Afrique francophone, de 488 au Bénin jusqu'à plus de 3'000 en République démocratique du Congo. Sur un total de neuf conférences, six ont compté plus de 1'000 participants. Ces chiffres sont approximatifs car la liste officielle des membres a changé souvent et de nombreux observateurs qui n'avaient pas le droit de vote ont assisté aux travaux.

Les participants à ces conférences n'ont pas été choisis par le biais d'élections (alors que c'est habituellement le cas des membres d'une assemblée constituante) mais étaient en général plutôt désignés pour représenter une institution, un parti politique ou une association. Un nombre étonnant de différents groupes étaient représentés, dont des syndicats, des organisations d'étudiants et de professeurs, des groupes de défense des droits de l'homme, des associations professionnelles, des chefs traditionnels, des communautés religieuses, des groupements de femmes, des organisations paysannes ou encore des établissements d'enseignement. Le nombre de partis, groupes et associations représentés allait d'environ cinquante (Bénin) à quelques cinq cents (République démocratique du Congo).

De manière générale, une structure d'organisation largement représentative (dénommée la plupart du temps « commission préparatoire ») se concertait avant de décider quels partis, secteurs et groupes devaient être représentés et le nombre de sièges à allouer à chacun d'entre eux. Ensuite, il appartenait à chaque parti, association ou groupe de choisir son mode de désignation des délégués qui devaient pourvoir les sièges alloués. Il est parfois arrivé que des partis politiques et des associations voient le jour à quelques semaines ou mois de la tenue de la conférence, souvent dans l'unique but d'y être représentés. Jennifer Widner rapporte qu'il était plus facile de choisir les représentants des associations et des groupes d'intérêt dans les pays européens où traditionnellement ils sont regroupés en associations faîtières nationales que dans les pays du Commonwealth britannique où les groupes sont le plus souvent décentralisés. Dans le premier cas de figure, la sélection des représentants était considérée comme légitime tandis que dans le second, jusqu'à la plus petite association voulait être représentée. Dans l'ensemble, malgré les assertions selon lesquelles les conférences nationales étaient représentatives (au Bénin, le président a affirmé que la conférence représenterait « toutes les forces vives de la nation »), le processus de sélection des membres a débouché sur une surreprésentation de la classe politique et de l'élite instruite dans ces pays où la grande majorité des citoyens ne faisait partie ni de l'une ni de l'autre catégorie (Widner 2008).

La durée des séances publiques des conférences, indiquée au tableau 10, variait aussi considérablement mais pour la plupart, les conférences se sont réunies en général pendant une durée beaucoup plus courte que les assemblées constituantes. Sur un total de neuf conférences, six ont siégé pendant trois mois ou moins, deux ne siégeant que pendant dix jours. Ce sont là des délais extrêmement courts pour des organes censés négocier de nouveaux dispositifs constitutionnels en réaction à une situation grave de crise et de conflit. Cette durée s'explique entre autres par la taille importante de ces structures qui rend leur gestion administrative compliquée et onéreuse.

Problèmes découlant de la taille importante, de la composition complexe et de la courte durée des processus

La taille importante et la courte durée des conférences nationales sont des caractéristiques qui ont pu entraver leur efficacité en tant qu'organes débattant de questions constitutionnelles majeures. Ces problèmes ont parfois été exacerbés lorsque ces conférences n'étaient pas

précédées d'un processus de table ronde permettant d'encourager les groupes adverses à trouver une entente initiale. Par ailleurs, la courte durée a parfois eu pour conséquence de précipiter le processus, les groupes d'intérêts opposés ne disposant pas de suffisamment de temps pour entamer de véritables négociations. Sous la contrainte du temps, les groupes alliés ont passé des accords et ont préparé des projets de texte à l'avance ou alors la conférence a délégué ses responsabilités en matière d'élaboration de constitution à un autre organe.

La taille importante et la courte durée ont aussi eu tendance à limiter la possibilité de procéder à un examen approfondi et à une négociation des points épineux qui prêtaient à controverse. En effet, il était souvent difficile de gérer le temps afin de donner la parole aux délégués qui insistaient tous pour intervenir dans les débats. Plus le temps prévu pour les discours des délégués était long, moins de temps était disponible pour des débats de fond sur les propositions de réforme. De plus, la gestion des délibérations et des négociations au sein d'organes de taille importante présente des difficultés particulières, surtout lorsque les citoyens surveillent de près le processus (comme ce fut le cas le plus souvent lors des conférences nationales). Dans de telles circonstances, leur temps de parole étant limité, les participants sous pression ont souvent tendance à polariser leurs positions. Cela est d'autant plus vrai quand des élections sont prévues puisque les participants se sentent obligés d'adopter des positions tranchées en vue d'attirer d'éventuels électeurs.

La taille, la composition et la courte durée de ces structures pouvaient présenter des difficultés liées à leur gestion administrative. Il n'était pas aisé de trouver les fonds nécessaires au fonctionnement de ces grandes conférences surtout par temps de crise financière (un des facteurs expliquant la courte durée de la plupart des conférences). Leur taille importante et leur composition, avec des représentants de tous ces nombreux groupes, ont contribué à leur lourdeur. Il était parfois extrêmement difficile ne serait-ce que d'enregistrer les participants, ce qui permettait à des participants non-accrédités de se faufiler dans la salle des débats. Leur courte durée rendait difficile l'organisation de services de base tels que la traduction des documents et des discours, service particulièrement critique dans les pays multiethniques. Au Tchad, la fracture qui est apparue au sein de la conférence nationale entre les groupes francophones et les groupes arabes fut aggravée par les retards dans la traduction des débats et des documents dans les langues autres que le français.

Présider et se tourner vers l'avenir

Le rôle du président des conférences nationales était d'une importance cruciale. Lorsque qu'il s'agissait de quelqu'un de positif, ouvert, conciliant et tourné vers l'avenir, il a apporté une précieuse contribution au processus. Si, au contraire, il insistait lourdement pour que la conférence aborde et traite les questions de crimes et de violations des droits de l'homme commis par le passé, les participants avaient tendance à regarder en arrière, à exprimer leurs doléances et à réclamer vengeance plutôt que de se tourner vers l'avenir et de s'interroger sur ce que la nouvelle constitution pouvait offrir. Cela fut notamment le problème en République du Congo et au Togo, le Bénin l'ayant évité (en grande partie grâce à l'efficacité du président de la conférence).

Résultats constitutionnels des conférences nationales

Quoique les conférences nationales aient pour la plupart joué un rôle important dans le processus débouchant sur l'adoption de nouvelles constitutions plus démocratiques, la recherche menée par Jennifer Widner révèle que les nouvelles constitutions offraient une moindre protection des droits que dans les pays qui ont mis en place une assemblée constituante (Widner 2008). De plus, leur taux d'échec était plus élevé (dans le sens où il y a eu une flambée de violence accrue ou une suspension de la nouvelle constitution). Par conséquent, il y a peu de raisons de penser que les conférences nationales ont enregistré de bonnes performances (qui ont abouti à des résultats concertés). Toutefois, il faut ajouter qu'il n'est pas aisé de quantifier la contribution de ces résultats au processus constitutionnel contrairement à celle des conditions économiques et politiques qui prévalaient au moment où ce processus se déroulait.

Conseils pratiques

Cette étude de l'expérience des conférences nationales permet de prodiguer des conseils pratiques utiles pour quiconque envisage de mettre en place une institution de ce type :

- Il convient de mener une réflexion approfondie et de se demander si les circonstances sont telles qu'une conférence nationale présentant des caractéristiques similaires à celles décrites plus haut serait la structure la plus adaptée pour entreprendre des travaux importants d'élaboration d'une constitution. Cette institution présente des attraits surtout dans une situation de crise où le pays est divisé, où il faut urgemment trouver des solutions et où les intérêts ne sont pas représentés au sein des partis politiques bien établis. Néanmoins dans de telles circonstances, d'autres institutions ou procédures peuvent être utilisées. L'une d'entre elles est la table ronde, bien que cette option soit surtout utilisée dans des situations où les groupes d'opposition sont bien connus, ce qui n'était généralement pas le cas dans les pays qui ont organisé des conférences nationales ;
- Compte tenu des difficultés de fonctionnement de nombreuses conférences nationales, il faudrait, avant de les mettre en place, avoir recours à un processus similaire à une table ronde (voir partie 3.2.2) pour tenter de dégager des accords initiaux sur le processus et sur les principes que doivent suivre la nouvelle constitution et une certaine entente politique entre les partis impliqués ;
- Il faut limiter autant que possible le nombre de membres d'une conférence nationale au vu des circonstances qui prévalent car ceci peut alléger les problèmes de gestion et améliorer les perspectives d'efficacité de la conférence en tant qu'organe de négociation et de délibération. Les négociations et la recherche de compromis peuvent être sapées par des règles et autres dispositions prévoyant que tous les membres doivent avoir le temps de faire des déclarations d'ouverture (obligeant souvent les orateurs à adopter des positions tranchées) et il est préférable de donner aux membres la possibilité de s'exprimer au sein des commissions et des groupes de travail. Par ailleurs, si la conférence compte beaucoup de membres, il faut s'assurer que l'essentiel des négociations et des prises de décision concernant les questions constitutionnelles soit mené au sein de commissions (compétentes) et largement représentatives.

À supposer que des associations et des partis politiques doivent être représentés à la conférence nationale et pour éviter que ces structures soient créées aux seules fins d'y être représentées, tous les efforts doivent être entrepris pour convenir des conditions préalables à l'accréditation. Il faudrait, par exemple, fixer la période pendant laquelle l'association ou le parti doit avoir existé au préalable ainsi que le nombre de membres qu'il doit compter avant de pouvoir être accrédité.

Il convient de tout mettre en œuvre pour faire en sorte que le président de la conférence soit une personnalité hautement respectée, capable de maintenir les travaux de la conférence sur les rails pour qu'elle trouve des arrangements futurs qui résorberont le conflit et résoudront les problèmes plutôt que d'essayer de savoir comment l'on va s'attaquer aux excès du précédent gouvernement (il existe d'autres procédures pour corriger les maux du passé).

3.2 Institutions chargées d'élaborer des propositions transmises à d'autres organes pour décision définitive

Dans cette partie, nous comparons principalement les tables rondes d'une part, qui sont généralement des organes relativement informels souvent mis en place en situation de crise afin de recueillir des propositions constitutionnelles, et les commissions et comités d'autre part, qui sont déjà en place et reçoivent les mêmes missions, ou sont créés spécialement (généralement par une loi) dans ce but. Ces instances ont en commun le fait de ne pas être équivalentes à des organes législatifs parce qu'elles n'ont pas le pouvoir d'adopter une nouvelle constitution (bien qu'il puisse s'agir de commissions parlementaires).

Nous avons aussi inclus ici les parties prenantes aux processus de paix ; nous n'allons pas cependant nous pencher sur leur rôle de rétablissement de la paix, mais sur des aspects de leur mandat qui ont trait au contenu d'une nouvelle constitution. L'un des postulats majeurs de ce manuel est que l'élaboration d'une constitution après (ou pendant) un conflit est susceptible d'être une pièce maîtresse du processus de paix. Lorsque les parties prenantes à un conflit sont divisées sur une question d'ordre essentiellement constitutionnelle, il est peu probable qu'elles donnent à une commission ou à une assemblée constituante librement élue carte blanche pour élaborer une constitution.

Comme c'est souvent le cas, les contours de ces processus sont assez flous ; par exemple, une table ronde peut déjà être un processus de paix. Parce que tout processus de paix débute généralement avant que l'on ait pu mettre en place des institutions plus formelles, nous commencerons donc par ce sujet.

3.2.1 Parties prenantes aux processus de paix

Les processus de paix visant à mettre fin à un conflit armé sont souvent étroitement liés à des processus constitutionnels, particulièrement lorsque la cause du conflit était l'accession

au pouvoir d'État. Ce lien peut muer les parties prenantes à un processus de paix en protagonistes majeurs, voire prépondérants, du processus constitutionnel. Ces parties prenantes peuvent avoir des intérêts et des modes de fonctionnement différents de ceux des parties impliquées dans les organes et processus plus spécialisés qui tiennent généralement les rôles principaux dans les processus constitutionnels.

Lier le processus de résolution d'un conflit et celui d'élaboration d'une constitution s'accompagne de risques et d'opportunités. Parmi les risques majeurs, nous pouvons mentionner le fait que dans une situation de violence et d'insécurité, les communautés se replient sur elles-mêmes, générant une montée du sectarisme, la recherche de solutions à court terme qui protègent des intérêts sectaires ou constitutionnalisent et perpétuent les divisions (comme, par exemple, au Burundi). En outre, il peut y avoir une forte tendance à essayer d'exclure les non-combattants (nous abordons ci-dessous certains risques inhérents à cette situation).

D'autre part, amener des parties prenantes à un conflit armé à examiner des questions constitutionnelles peut présenter des opportunités. En effet, lorsqu'un conflit découle d'un sentiment d'exclusion, mettre sur la table la possibilité d'un changement constitutionnel fait partie des rares moyens de faire en sorte que les parties songent sérieusement à mettre fin à la violence. En effet, cela crée un espace de discussion politique qui peut ouvrir des perspectives pour une meilleure compréhension des positions divergentes et des possibilités de compromis. Le débat constitutionnel peut aider des parties opposées à redéfinir leurs préoccupations. Par exemple, l'Accord de paix global de 2005 au Soudan a redéfini les problématiques, les faisant passer d'une exigence d'indépendance exprimée de façon violente à la façon de mieux régler des préoccupations divergentes grâce à des dispositions constitutionnelles prévoyant une autonomie et un référendum différé sur la question de l'indépendance. S'il est possible d'impliquer des chefs de groupes armés opposés à des pourparlers avec d'autres groupes et intérêts dans le cadre de la rédaction d'une constitution (bien que, comme nous le verrons ci-dessous, cela ne se produise pas toujours), cela permet parfois à ces derniers d'être confrontés à un éventail plus large de besoins et de préoccupations, et donc de modérer des positions tranchées.

On trouve généralement dans les accords de paix signés dans le cadre de résolution de conflits des déclarations solennelles sur les liens entre le processus de paix et le processus constitutionnel. L'importance de ces liens varie énormément. Un accord de paix peut établir une feuille de route pour le processus de paix, qui comprend souvent la feuille de route pour l'élaboration d'une nouvelle constitution sans aller plus loin (par exemple, déterminer le contenu de la constitution). Certains accords de paix abordent dans le détail, de diverses façons, le contenu de la constitution. Certains énoncent des principes directeurs ou immuables sur lesquels doivent se fonder le nouveau projet de constitution. D'autres avancent des propositions assez détaillées soit à propos de modifications à apporter à la constitution en vigueur, soit pour une nouvelle constitution, laissant le soin à un autre organe ou processus le soin d'adopter ces propositions. Quelquefois, l'accord de paix est en fait une constitution, comme ce fut le cas avec la constitution de transition de l'Afrique du Sud en

1993. Dans d'autres cas, un projet de constitution nationale entièrement nouveau peut être joint à l'accord de paix, comme ce fut le cas avec la constitution de Bosnie-Herzégovine jointe aux Accords de Dayton de décembre 1995.

De façon générale, les accords de paix sont censés être contraignants pour les parties, et comportent donc souvent un chronogramme et d'autres dispositions visant à en favoriser l'application par les parties (y compris les dispositions relatives au processus ou au contenu de la constitution). En outre, des acteurs de la communauté internationale sont souvent associés à l'élaboration et à la signature d'accords de paix (en tant que médiateurs, facilitateurs, parties prenantes ou témoins). À ce titre, ils peuvent ensuite être amenés à encourager, voire à soutenir activement l'application des aspects constitutionnels des accords.

Les liens entre les processus de résolution d'un conflit et l'élaboration d'une constitution varient grandement suivant la nature du conflit et les visées des principaux protagonistes. Ces variations peuvent avoir des effets considérables sur les exigences relatives au processus constitutionnel et au rôle que les parties cherchent à y jouer. Parmi les exemples de processus de paix dans lesquels des parties clés peuvent chercher à apporter des changements constitutionnels sans pour autant vouloir jouer un rôle quelconque dans des aspects importants de l'élaboration de la constitution, citons les efforts visant à mettre un terme à des conflits sécessionnistes dans lesquels ni le gouvernement national ni les rebelles sécessionnistes n'ont remporté une victoire incontestable. Dans de tels cas, les sécessionnistes peuvent être essentiellement intéressés par la recherche d'un accord sur les détails des changements constitutionnels nécessaires pour accorder une autonomie à la région sécessionniste et, quelquefois, obtenir un droit différé à un referendum sur l'indépendance, comme en Nouvelle-Calédonie par rapport à la France en 1998, à Bougainville par rapport à la Papouasie-Nouvelle-Guinée en 2001 et au Soudan du Sud par rapport au Soudan en 2005. Dans tous ces cas, l'accord de paix a énoncé des modifications constitutionnelles arrêtées d'un commun accord et laissé au législateur national le soin d'effectuer ces changements.

La situation peut s'avérer très différente lorsque le conflit est marqué par des attentats perpétrés par une partie pour exprimer des doléances liées à sa marginalisation passée et pour ainsi s'emparer du contrôle de l'État. Les rebelles peuvent être moins intéressés par le fait que l'accord de paix s'occupe du contenu de la constitution finale, et plus préoccupés par l'obtention à la fois d'un engagement à remplacer la constitution et de l'assurance de jouer un rôle significatif, voire prépondérant, dans le processus final d'élaboration de la constitution. Lorsqu'il s'agit d'une constitution provisoire, on peut aussi s'attendre à ce que les rebelles aient fortement intérêt à en déterminer le contenu. Ainsi, au Népal (dans le cas des Maoïstes) et en Afrique du Sud (dans le cas du Congrès national africain), les accords de paix prévoyaient des constitutions provisoires (et des principes directeurs pour la constitution définitive en Afrique du Sud), qui assuraient aux Maoïstes et au Congrès national africain un contrôle ou une influence considérable sur les gouvernements de transition ainsi que sur les processus d'élaboration des constitutions finales.

Les intérêts et modes de fonctionnement divers des parties prenantes à un processus de paix en ce qui concerne l'élaboration d'une constitution (par rapport à ceux de groupes agissant

au sein d'organes constituants plus spécialisés) peuvent avoir des effets considérables sur un processus constitutionnel découlant d'un processus de paix. Plusieurs questions potentielles liées entre elles (dont certaines ont déjà été abordées) nécessitent une brève explication, et d'éventuelles solutions à des problèmes susceptibles de se poser.

Premièrement, les questions de sectarisme, de vision à court terme et de résistance au compromis dans des situations de conflit armé et d'insécurité ont déjà été citées. La difficulté qui est étroitement liée à ces questions et qui réside dans le fait de limiter la participation au processus constitutionnel aux groupes belligérants peut devenir une tendance particulièrement forte lorsque les négociations se déroulent en plein conflit. Dans de telles circonstances, les parties au processus de paix peuvent convenir qu'un accord durable sera plus probable si la confidentialité et le secret sont maintenus et si le processus est contrôlé par les chefs des parties belligérantes et restreint à ceux-ci. En outre, l'ouverture précoce d'un processus de négociations peut parfois renforcer des groupes ou des intérêts sans réel pouvoir ni statut, et contribuer à alourdir considérablement l'ordre du jour. Bien qu'il puisse s'agir là de dangers réels qui contribuent à la difficulté du processus décisionnel, il existe généralement d'autres questions importantes. En particulier, d'importants groupes victimes d'exclusion peuvent subir des injustices, ce qui peut exacerber les divisions sociales. Le Sri Lanka en est l'illustration : l'exclusion des communautés musulmanes et indiennes tamoules des processus de paix successifs dans lesquels les questions constitutionnelles occupaient une part importante a eu pour effet d'entretenir la division. Confier exclusivement aux combattants le pouvoir de décision sur l'élaboration d'une constitution comporte d'autres risques. En effet, ces combattants peuvent manquer de légitimité aux yeux du reste de la communauté. Le succès de toute nouvelle constitution reposera alors de façon excessive sur les tractations du groupe restreint des parties négociantes, sans apporter de réponses aux préoccupations sociales de l'ensemble des autres composantes. La nouvelle constitution peut alors se trouver dénuée des fondations sociales nécessaires pour bénéficier du large soutien qui en assurerait la pérennité.

Une deuxième série de problèmes provient de la question de l'admission à la table des négociations. Dans un processus constitutionnel lié à une résolution de conflit, cette question sera déterminante pour l'accès au pouvoir à long terme, à travers les décisions sur la constitution. La participation au processus devient donc cruciale. Cette question peut causer des scissions au sein de groupes combattants, voire l'émergence de nouveaux groupes. De même, parce que les enjeux sont si importants, l'exclusion d'une quelconque faction peut donner lieu à des sabotages.

Ces deux types de problèmes sont parfois gérés en deux phases, la première impliquant principalement les parties belligérantes et visant à renforcer la confiance et à instaurer l'ordre, et la deuxième, plus participative, au cours de laquelle est élaborée la constitution « finale ». L'accès des parties à la première phase (qui comporte généralement la négociation des questions relatives au processus de paix et des dispositions constitutionnelles à court terme) peut être flexible. C'est ainsi qu'en Afrique du Sud, la constitution provisoire (incluant les principes directeurs) a été principalement négociée entre les principales parties, certaines

parties se joignant au processus relativement tard. Le processus de l'assemblée constituante qui a élaboré la constitution finale était plus participatif. Une autre approche consisterait à prévoir l'examen obligatoire d'une constitution négociée par un groupe restreint de parties prenantes au cours d'une période donnée.

Troisièmement, des problèmes peuvent découler du rôle privilégié des combattants en tant que parties prenantes au processus de paix ; cela peut les amener à exiger des dispositions constitutionnelles qui maintiennent leur statut privilégié aux termes de la nouvelle constitution. Par exemple, l'armée ou les forces de sécurité de l'État peuvent souhaiter des dispositions qui leur donnent des prérogatives ou des garanties constitutionnelles spéciales. Les groupes rebelles peuvent rechercher une intégration dans les forces armées de l'État. Un autre danger concerne un rétrécissement de la gamme des questions constitutionnelles pouvant être examinées dans le cadre de l'élaboration d'une constitution basée sur un processus de paix. Certains voudront limiter ces questions aux principales préoccupations des parties au processus de paix, ce qui contribue à l'élaboration d'une constitution déséquilibrée et peu légitime.

Quatrièmement, on peut généralement s'attendre à ce que les parties prenantes à un processus de paix maîtrisent bien le contexte politique qui prévaut, ce qui les pousse souvent à exiger des concessions constitutionnelles particulières. Elles voudront mettre l'accent essentiellement sur les questions d'accès au pouvoir politique aux termes de la nouvelle constitution et à négliger d'autres questions cruciales. De plus, il peut arriver que les parties soient peu intéressées par les implications juridiques à long terme de leurs exigences constitutionnelles, ou les comprennent mal. Les parties combattantes impliquées dans les processus de paix (particulièrement les groupes rebelles, mais pas seulement) ont parfois une expertise limitée de l'élaboration d'une constitution. Parfois, ces derniers ont du mal à traduire leurs doléances et leurs préoccupations en langage constitutionnel. Par ailleurs, l'élaboration d'une constitution peut uniquement leur servir de stratégie parmi d'autres pour atteindre leurs objectifs et laisser ouverte la possibilité d'un retour à la violence.

Par conséquent, il peut s'avérer particulièrement nécessaire d'aider les parties aux processus de paix à mieux cerner tout ce qu'englobe l'élaboration d'une constitution. Il sera utile d'associer très tôt les conseillers juridiques des parties prenantes aux processus de paix afin d'aider lesdites parties prenantes à présenter leurs préoccupations sous forme de thèmes constitutionnels, ce qui peut souvent contribuer à redéfinir les problèmes et à modifier la nature du conflit. Cela s'est produit lors de nombreux processus de paix, y compris ceux de Bougainville, de la Nouvelle-Calédonie, de l'Afrique du Sud et du Soudan du Sud. Les facilitateurs des processus de paix doivent accorder une attention particulière à la nécessité de maintenir l'engagement dans les volets relatifs à l'élaboration constitutionnelle au sein du processus de paix.

Une cinquième série de difficultés découle du fait que des médiateurs tiers et des acteurs internationaux jouent un rôle de plus en plus important, même dans les processus de paix concernant des conflits internes à un pays donné. C'est souvent leurs préoccupations en termes de calendrier et d'autres agendas qui dominent le processus. Ces acteurs peuvent se

focaliser sur la résolution du conflit armé et avoir une connaissance limitée des processus ou des questions ayant trait à l'élaboration d'une constitution. Ces difficultés mettent le doigt sur la nécessité d'améliorer les connaissances et la formation des acteurs internationaux impliqués dans les nombreux processus de paix liés à l'élaboration d'une constitution.

3.2.2 Tables rondes

Les tables rondes sont des processus consultatifs informels qui sont parfois utilisés pour négocier les étapes initiales d'un processus constitutionnel au cours d'une période de transition d'un régime autoritaire à un régime plus démocratique. Elles se déroulent généralement dans des situations de crise nationale, lorsque la constitution en vigueur ne fournit pas de base légitime ou d'orientations adéquates pour mener un processus de réforme constitutionnelle viable. La pression pour sortir de la crise conduit les membres du gouvernement national à consulter l'opposition politique (et parfois d'autres groupes d'intérêt) sur les étapes nécessaires pour amorcer et trouver une solution à la crise, y compris un accord sur la réforme constitutionnelle qui est ensuite généralement entreprise conformément aux exigences de la constitution en vigueur.

Par conséquent, le processus de table ronde permet généralement de maintenir la continuité juridique, qui peut être importante dans des situations où ceux qui contrôlent le régime en place restent puissants et considéreraient illégitime toute rupture de la continuité juridique. À cet égard, une table ronde diffère de beaucoup de conférences nationales (des institutions souvent utilisées, elles aussi, dans des situations de crise nationale) où la perte de légitimité du régime en place et la gravité de la crise nationale sont souvent si profondes que la conférence nationale recherche une rupture de la continuité juridique en se déclarant souveraine et en mettant en place des dispositions constitutionnelles de transition en attendant l'élaboration d'une nouvelle constitution (voir la partie 2.1.9).

L'utilisation du terme « table ronde » en rapport avec les processus constitutionnels est une évolution relativement récente. Il est plus couramment utilisé en référence aux processus de la Hongrie et de la Pologne à la fin des années 1980, dans le cadre de la sortie de régimes socialistes autoritaires. L'étude de cas du processus constitutionnel en Pologne – voir annexe A.10 – donne un aperçu de la manière dont un exemple marquant de processus de table ronde a fonctionné en pratique et les étapes du processus constitutionnel qui ont suivi, dont la table ronde fut le point de départ.

Ce terme a aussi été appliqué à d'autres processus en Europe de l'Est à partir de la fin des années 1980 – particulièrement ceux de la Bulgarie, de la Tchécoslovaquie et de la République démocratique d'Allemagne (l'Allemagne de l'Est), ainsi qu'à certains processus en Amérique latine (notamment au Chili en 1989 et en Colombie en 1990), en Espagne (en 1976) et en Afrique du Sud (au début des années 1990). Des mécanismes similaires ont été utilisés dans de nombreux autres processus sans porter le nom de table ronde. Ce fut notamment le cas des processus utilisés pour la mise en place de certaines conférences nationales (voir la partie 3.1.3) qui se sont tenues dans des pays d'Afrique francophone de

1990 à 1993, le Bénin en étant l'exemple le plus célèbre (voir l'étude de cas du processus constitutionnel de ce pays à l'annexe A.2). Le processus qui a précédé l'indépendance de l'Inde dans les années 1930 et dont le but était de consulter les acteurs locaux à propos des décisions sur l'évolution constitutionnelle vers l'indépendance pourrait aussi être considéré comme une table ronde.

Les tables rondes comportent généralement deux étapes principales. Tout d'abord, le gouvernement et les groupes d'opposition s'entendent sur les structures des négociations (nombre de représentants, présidence, groupes de travail, etc.). Ces négociations peuvent prendre du temps – six mois dans le cas de la Pologne. Ensuite se tiennent les réunions des structures de la table ronde créées d'un commun accord, qui peuvent souvent (mais pas toujours) durer très peu de temps – quelques réunions seulement en Hongrie et en Pologne. Les structures utilisées varient grandement d'un cas à l'autre, les dispositions étant généralement (mais pas toujours) très flexibles, à l'instar des critères de participation des citoyens, de l'établissement de l'ordre du jour et des règles de prise de décision. Certaines tables rondes sont moins flexibles. Par exemple, en Hongrie en 1989, une structure à trois niveaux avait été créée. En outre, les neuf groupes d'opposition ayant participé au processus s'étaient mis d'accord pour prendre toutes leurs décisions par consensus. Il en a résulté notamment que chaque groupe d'opposition avait un droit de veto sur les décisions relatives aux positions communes de l'opposition et, par conséquent, une influence considérable sur le processus de la table ronde. Une grande partie du travail se fait généralement dans les comités, groupes de travail et consultations informelles. Le travail de la table ronde se fait souvent en secret, ou tout au moins à l'abri des médias ou du grand public.

Parce qu'une table ronde n'a pas de base constitutionnelle ou juridique, il n'y a généralement aucune hiérarchie entre les participants, aucune règle de fonctionnement formelle ni aucun statut prédéfini, même pour ses décisions les plus fondamentales. Au début du processus, les participants savent rarement avec certitude dans quelle direction les choses vont aller. L'essentiel est que la participation des citoyens au processus représente un engagement à négocier une solution pacifique plutôt que de recourir à un conflit ouvert ou à la violence.

La principale raison pour laquelle la durée des travaux de la table ronde est courte est que le processus de la table ronde ne sert qu'à négocier quelques étapes initiales dans un processus de réforme ; les décisions légales devant être prises ailleurs, au sein d'institutions dotées d'une base juridique. Toutefois, il existe des cas où le processus de la table ronde dure beaucoup longtemps, soit parce que les changements négociés dans un cas donné sont de grande portée, ou alors car le gouvernement négocie en continuant de considérer qu'il est en position de force.

L'Afrique du Sud illustre le cas d'un changement négocié par ce type de processus. Dans ce pays, le processus avait servi à négocier la forme et le fond de la constitution provisoire. Les négociations en vue de son élaboration, ainsi que celles qui visaient à définir les mécanismes de la transition, constituaient la phase de la table ronde. Les négociations visant à mettre en place ces processus ont commencé dans les années 1980, et celles sur les dispositions finalement intégrées dans la constitution provisoire ont été entreprises dans le

cadre de la Convention pour une Afrique du Sud démocratique (CODESA 1 et CODESA 2) et du processus de négociations multipartites qui s'est déroulé de 1991 à 1993. Au Chili, le gouvernement installé par le coup d'État militaire de 1973 continuait de se voir en relative position de force sur le plan politique, malgré la défaite du dictateur Pinochet lors d'un plébiscite présidentiel en 1988 tenu dans le cadre d'une constitution imposée par l'armée en 1980. Mais cette défaite inattendue avait créé une pression en faveur d'un changement politique et constitutionnel qui a donné lieu à près de dix mois d'intenses négociations entre le gouvernement militaire, les principaux partis d'opposition et les partis politiques soutenant l'armée. Bien qu'elles aient finalement été couronnées de succès, ces négociations ont failli échouer à plusieurs reprises.

À l'issue des travaux de la table ronde, le changement constitutionnel décidé dans le cadre de ce processus se produit ailleurs. Dans la majorité des cas, l'accord couvre les détails des amendements constitutionnels ainsi que le principe que les amendements s'effectueraient suivant un processus de réforme constitutionnel existant. Ce fut le cas au Chili, en Hongrie et en Pologne, où il a été convenu que les amendements sur la libéralisation seraient effectués par des parlements non démocratiques. De la même façon, en Afrique du Sud, le contenu de la constitution provisoire avait fait l'objet d'un accord, tout comme son adoption par le parlement en place (assurant ainsi la continuité juridique si chère au parti au pouvoir). Dans quelques autres cas, et particulièrement dans le cadre des préparatifs d'une conférence nationale, une table ronde se concentre moins sur les détails des amendements constitutionnels que sur les étapes suivantes du processus de réforme. La table ronde du Bénin, par exemple, avait arrêté des principes de base que devait respecter toute nouvelle constitution, mais se préoccupait davantage de s'accorder sur la nécessité d'une conférence nationale, ainsi que sur les structures et autres mécanismes de celle-ci.

Le fait qu'une table ronde soit fortement informelle et flexible la distingue grandement de la plupart des processus de paix ainsi que des institutions constituantes juridiquement définies telles les commissions constitutionnelles et les assemblées constituantes. L'absence de formalité (qui va souvent de pair avec le secret) peut être un avantage dans le sens où elle peut éviter aux participants de perdre leur légitimité ou leur reconnaissance si le processus n'aboutit à aucun résultat particulier. Cela leur donne plus de liberté pour tenter d'initier des changements qu'ils n'en auraient autrement. La flexibilité qu'offre un processus de table ronde peut aussi avoir des avantages en ce qui concerne ses résultats éventuels, qui peuvent notamment comprendre des dispositions pour une application progressive des réformes, celles-ci pouvant être modifiées à mesure que les effets des mesures initiales deviennent réalité.

En revanche, lorsque la table ronde marque le début d'un processus qui continuera de jouir d'une faible participation populaire (comme ce fut le cas avec le processus en Hongrie pendant de nombreuses années après 1989), le secret et la non implication de la population dans le processus de table ronde peut contribuer à délégitimer la constitution qui en résulte.

Il peut y avoir d'énormes pressions sur les personnes impliquées dans l'établissement ou le fonctionnement d'un processus de table ronde dans une situation de crise profonde, avec un grave risque de violence en cas d'échec, comme ce fut le cas en Europe de l'Est et

en Amérique latine à la fin des années 1980. La responsabilité ultime en incombe à ces acteurs. La situation était différente dans l'Inde d'avant l'indépendance, dans les années 1930 et au début des années 1940. La plupart des acteurs indiens considéraient que l'ultime responsabilité revenait au pouvoir colonial britannique et qu'ils pouvaient ainsi se permettre de rester relativement désengagés.

Les tables rondes offrent parfois d'autres avantages dans des situations marquées par un régime extrêmement antidémocratique et répressif, où des dispositions constitutionnelles inflexibles ont rendu difficile toute réforme en faveur de la libéralisation. Premièrement, ce processus peut conférer une légitimité aux réformes entreprises dans une situation où le régime en place est peu légitime, en permettant un processus inclusif dans un contexte jusque-là non démocratique. Il permet l'implication d'une large gamme d'acteurs dans un processus visant à trouver un accord sur la façon d'aller de l'avant. Deuxièmement, dans des situations telles qu'en Hongrie (et dans beaucoup d'autres) où il n'y a pas d'opposition cohérente, une table ronde peut offrir un cadre dans lequel des groupes d'opposition peuvent naître et apprendre à collaborer et à négocier avec le gouvernement, mais aussi à participer à la prise de décision constitutionnelle, avant de prendre part au gouvernement. Troisièmement, il peut fournir une sorte de mécanisme restreint de partage du pouvoir (entre le gouvernement et la nouvelle opposition) là où cela était impossible aux termes de la constitution en vigueur. Quatrièmement, il peut permettre aux groupes d'opposition à l'ancien régime de faire des concessions (comme ce fut le cas au Chili, en Hongrie, en Pologne et en Espagne) sans que ces dernières ne soient forcément intégrées aux dispositions de la constitution finale. Au contraire, les groupes d'opposition restent libres de s'engager dans l'élaboration de dispositions constitutionnelles plus permanentes lorsque les réformes arrêtées d'un commun accord ont contribué à modifier l'équilibre des forces politiques, ouvrant ainsi la voie à des changements plus importants. Cinquièmement, il peut être une source d'enseignements (tant pour l'ancien régime que pour les nouveaux groupes d'opposition) sur les constitutions et les limites constitutionnelles. Sixièmement, ce processus peut aider à développer la collaboration entre des factions opposées (gouvernement et opposition) et leurs chefs, qui peuvent contribuer de plusieurs façons, à des avancées dans les dernières phases des processus de réforme.

Conseils pratiques

Les conseils pratiques ci-dessous s'adressent à tous ceux qui envisagent de faire usage d'une table ronde dans le cadre d'un processus constitutionnel :

- Le recours à une table ronde est surtout limité à des situations dans lesquelles il y a à la fois un régime autoritaire qui conserve un certain niveau d'autorité, mais s'ouvre à une possibilité de réforme, ainsi que d'une cohérence et un leadership au sein des groupes d'opposition qui leur permette de collaborer efficacement ;
- Elle doit normalement être la plus participative possible, tant en ce qui concerne les composantes du régime en place que des divers groupes d'opposition. Le seul fait qu'elle soit inclusive assurera un appui suffisant aux réformes décidées au cours du processus ;
- Les dispositions pratiques du processus de la table ronde doivent normalement être

flexibles, et permettre aux parties prenantes de travailler ensemble d'une façon qui permette au processus d'avancer ;

- En plus d'œuvrer pour un accord sur le changement constitutionnel et les étapes suivantes du processus constitutionnel, une table ronde doit viser à instaurer des relations de compréhension et de travail entre le gouvernement et les leaders de l'opposition ;
- Il y a souvent des avantages pour les groupes d'opposition à ce qu'un processus de table ronde convienne d'un degré limité de réforme qui pourrait ouvrir la voie à des réformes ultérieures plus larges. Il peut y avoir un risque pour les groupes d'opposition qu'un accord trop détaillé lors de la phase de la table ronde entérine de façon définitive des concessions qui leur offrent peu d'avantages plus tard dans le processus de réforme à proprement parler.

3.2.3 Commissions constitutionnelles, commissions parlementaires et autres organes spécialisés

Dans l'introduction de cette partie, nous avons attiré l'attention sur deux types d'organes qui ont joué un rôle clé dans la rédaction et l'adoption de constitutions. L'un, à savoir les parlements et les assemblées constituantes ou constitutionnelles, a été abordé dans la partie précédente. L'autre type se compose des commissions constitutionnelles, des commissions parlementaires et d'autres organes spécialisés. Ces organes ont des fonctions précises et limitées relatives au processus constitutionnel. Celles-ci peuvent varier de la tâche importante de rédiger la totalité de la constitution à la fourniture de conseils spécialisés à un autre organe (par exemple, sur les aspects financiers d'un système décentralisé ou sur l'indépendance du système judiciaire), chargé d'élaborer ou d'adopter le projet de constitution.

Ici nous utilisons « commission constitutionnelle » pour désigner un organe (autre qu'une « commission parlementaire ») créé dans le but de rédiger un projet de constitution qui sera examiné ou adopté par un autre organe. Nous distinguons donc trois types d'organes ayant cette responsabilité :

- Les commissions/comités constitutionnels spéciaux ;
- Les commissions parlementaires ;
- Les organes ayant par ailleurs d'autres responsabilités et qui sont provisoirement chargés de rédiger une constitution.

Dans cette partie, nous aborderons aussi brièvement d'autres comités et commissions qui peuvent avoir un rôle limité.

Les commissions constitutionnelles diffèrent des parlements ou des assemblées constituantes sur au moins trois points : la fonction (en tant qu'organes consultatifs, elles ne prennent pas de décision définitive sur la constitution), les qualifications (il s'agit moins d'instances politiques ou représentatives que de groupes d'experts) et la taille (elles sont restreintes et ont donc une dynamique différente de celle des assemblées). L'effet de ces différences est évident au regard des mandats précis, de l'indépendance et des procédures de la commission constitutionnelle et de l'assemblée.

La gamme des tâches assignées à une commission constitutionnelle variera d'un processus à l'autre, mais elle peut comprendre :

- La conduite (ou la coordination et la supervision) de l'éducation civique ;
- La collecte et l'analyse des avis de la population ;
- La rédaction d'un projet de constitution ;
- La recherche et la collecte des avis de la population sur le projet de constitution ;
- L'organisation d'une assemblée constitutionnelle et la participation à celle-ci (un rôle rare et inadapté pour une commission).

Une commission constitutionnelle est-elle nécessaire ?

Deux questions principales se posent ici : premièrement, quels arguments généraux militent pour ou contre la création d'une commission en tant qu'entité distincte dans un processus constitutionnel ? Et, deuxièmement, quels sont les multiples facteurs, dont certains sont logiques et d'autres davantage d'ordre traditionnel, qui poussent chaque pays à adopter ou non ce modèle ? Nous parlons ici d'une commission constitutionnelle et non d'une commission parlementaire.

Arguments généraux en faveur d'une commission indépendante

Bien que le recours à une commission indépendante qui soit, au minimum, chargée de rédiger un projet de constitution soit limité, il présente de nombreux avantages dont la plupart découlent de sa composition (des experts) et de son indépendance politique.

- Une commission indépendante peut effectuer un travail préliminaire considérable pour l'organe décisionnaire et, de ce fait, accélérer le travail de l'assemblée ;
- Elle peut promouvoir l'éducation civique et la connaissance des questions et du processus constitutionnels ;
- Elle peut constituer un organe efficace pour recevoir et analyser les avis et les recommandations de la population ;
- Elle met l'expérience constitutionnelle appropriée au service de consultations et de décisions publiques qui peuvent être au-delà des capacités, voire des intérêts de la plupart des acteurs politiques ;
- Il y a plus de chances qu'une commission constitutionnelle place les intérêts nationaux au-dessus des intérêts particuliers qu'une commission parlementaire ne le ferait. Parce qu'elle est relativement plus désintéressée, elle est aussi susceptible d'être plus efficace dans l'obtention d'un consensus national ; sa petite taille et son expertise sont plus susceptibles de permettre un processus de délibération qu'une assemblée. Un analyste du processus brésilien [1988], dans lequel l'assemblée constituante qui avait commencé sans aucun projet de base et comptait 559 membres répartis en 24 commissions thématiques, a conclu que cette configuration rendait quasiment impossible l'élaboration d'une constitution cohérente, en particulier compte tenu de la faiblesse de la présidence et du système de partis ;

- Il y a aussi l'avantage de la division du travail : un organe pour proposer un projet et un autre pour en débattre et l'adopter, sur la base de la notion selon laquelle il faut une expertise technique et professionnelle pour rédiger et un processus plus politique pour adopter la constitution ;
- Dans la plupart des pays, de fortes suspicions entourent actuellement à la fois les intentions et les compétences des acteurs politiques. Ainsi, une commission indépendante limite les choix qui s'offrent à une assemblée et l'oblige à examiner les recommandations d'un plus large échantillon de la société. Une commission qui n'est pas indépendante, comme celle de l'Afghanistan [2004], sera souvent choisie pour représenter les intérêts du gouvernement, annulant ainsi les avantages d'une commission ;
- Il y a d'assez fortes probabilités qu'une commission produise un projet, ce qui permet de pérenniser le processus malgré les profondes différences entre les intérêts politiques et sociaux ;
- Une commission perçue comme neutre et compétente, qui remplit ses missions de façon consciencieuse et transparente, peut légitimer à la fois le processus et le résultat qui en découle.

Quelques faiblesses

Il convient aussi de connaître les inconvénients d'une commission constitutionnelle. Il est probable que les acteurs politiques s'approprient davantage le projet s'il est rédigé par eux-mêmes ou en leur nom par une commission parlementaire. La classe politique pourrait perdre l'occasion d'apprendre, y compris en écoutant directement les avis des populations au cours de consultations publiques. La commission constitutionnelle risque de trop isoler le processus de rédaction de la constitution des enjeux politiques du moment. Elle peut échouer s'il y a de profonds différends que doivent résoudre directement les parties au conflit précédent. Comme nous l'avons déjà noté, la commission constitutionnelle peut être manipulée par le gouvernement ou d'autres puissants intérêts. Bien que le travail accompli par la commission puisse soulager l'assemblée d'une partie de sa charge, la durée globale du processus est susceptible de s'allonger en raison des opérations particulièrement longues d'éducation civique, de réception et d'analyse des propositions des citoyens – et de l'intérêt personnel des commissaires. Et sous la pression de la population, qui est peu susceptible de bien comprendre la fonction de la constitution, la commission peut intégrer des recommandations qui seraient considérées par beaucoup comme n'étant pas adaptées à une constitution, notamment des questions de politique générale (voir la partie 2.2). Une récente étude comparative de dix-neuf processus constitutionnels menée par l'*United States Institute of Peace* a observé que dans les processus qui avaient eu recours à des commissions constitutionnelles, ces dernières ne semblaient pas produire un meilleur résultat qu'une assemblée constituante ou un comité de rédaction parlementaire composé d'experts. Toutefois, il s'agissait là d'un échantillon limité.

Expliquer le recours aux commissions constitutionnelles

La prévalence du recours aux commissions constitutionnelles en Afrique est peut-être en partie due à la résistance des acteurs politiques à la réforme politique, ainsi qu'à des doutes

sur leurs compétences. Mais elle constitue probablement aussi une réaction à l'absence de toute société civile organisée, avec pour conséquence un public non informé et à la rareté des moyens d'exprimer son opinion. Peu de pays africains disposent de partis politiques efficaces ou idéologiques susceptibles de jouer un rôle de premier plan dans le processus (au contraire de pays où l'on peut s'appuyer sur le processus parlementaire, notamment en Europe). En Afrique, les partis ont tendance à n'être représentatifs que d'eux-mêmes, alors que dans les démocraties développées les partis politiques représentent des intérêts sociaux, de classe, régionaux et économiques – et de ce fait, sont plus représentatifs de la société.

Attachés à un processus participatif, ces pays estiment que l'éducation civique est un préalable essentiel, et qu'une commission indépendante serait mieux à même de s'en charger. En outre, les systèmes de gouvernance traditionnels, auxquels certains pourraient être habitués, ne sont pas jugés pertinents pour un État pluriethnique moderne. Les expériences étrangères deviennent une source d'idées gérées par une commission d'experts.

La Namibie et l'Afrique du Sud constituent des exceptions notables à la tradition de l'Afrique anglophone. L'Afrique du Sud n'a eu recours à aucune commission, possiblement parce que le conflit était trop grave pour être résolu de cette façon ; des négociations directes entre partis politiques étaient inévitables pour empêcher l'impasse qui s'en serait suivie autrement. Les pourparlers multilatéraux qui ont montré la voie à suivre et abouti à la rédaction de ce qui allait devenir une constitution provisoire, et qui étaient parfois appelés processus de table ronde, comportaient également les ingrédients d'une commission, même s'ils étaient dominés par les partis politiques. En Namibie, l'absence de toute commission s'explique peut-être par le rôle actif des Nations Unies et la nécessité de négocier l'indépendance avec l'Afrique du Sud, ainsi que par le fait que plusieurs réunions et conférences informelles ont instauré un consensus suffisant pour faciliter un processus formel (sur la base de principes établis par le Conseil de sécurité des Nations Unies).

Une commission indépendante a plus de chances de voir le jour si la société civile est impliquée dans les négociations devant produire les principes et procédures d'un processus constitutionnel. Pour leur part, les hommes politiques sont moins susceptibles de souhaiter une commission indépendante. Bien que l'on en ait proposé une au Népal [processus en cours], cette proposition s'est heurtée à de fortes résistances de la part des principaux partis politiques. Il est probable pourtant qu'une commission aurait grandement facilité le processus, compte tenu des procédures plutôt simplistes et brouillonnes adoptées par l'assemblée constituante. Dans les anciens États communistes d'Europe de l'Est, les leaders communistes et démocratiques avaient privilégié des négociations directes, principalement sous la forme de tables rondes (voir la partie 3.2.2 sur les tables rondes.)

Concevoir une commission constitutionnelle efficace

Beaucoup des avantages décrits ci-dessus dépendent de l'expertise et de l'indépendance de la commission, ainsi que de sa dotation en ressources suffisantes pour remplir ses missions (qui peuvent être multiples). Il peut aussi s'avérer utile que la commission soit représentative

de différents intérêts, sans pour autant compromettre son intégrité. Cependant, les commissions réunissent rarement ces conditions. Aucune n'a argué et dénoncé le fait que la plupart des commissions constitutionnelles africaines n'étaient pas indépendantes, que ce soit dans le mode de désignation de leurs membres ou dans leur autonomie opérationnelle. Diverses méthodes de nominations ont été employées, certaines propices à l'indépendance et à la compétence (un processus concurrentiel et transparent), d'autres moins. Dans la plupart des pays, les nominations ont été effectuées par l'exécutif ou par les partis politiques. Le gouvernement et les partis politiques n'ont pas pu résister à la tentation d'influencer les commissaires, voire de leur donner des instructions (en particulier en Afghanistan [2004]). De même, les commissions n'ont pas toujours bénéficié de financements suffisants. Certaines ont dû recourir à des sources de financement étrangères pour effectuer leur travail.

Ainsi, pour obtenir les meilleurs résultats d'une commission, il faut en assurer l'indépendance. Dans certains pays, les commissions sont désignées par le pouvoir exécutif aux termes d'une loi générale portant sur les commissions d'enquête – une législation conçue davantage pour des enquêtes sur des questions administratives ou de politique que pour l'élaboration d'une constitution. Une telle loi donne à l'exécutif le pouvoir de définir les termes de référence, de nommer et de destituer les commissaires, de dissoudre la commission avant qu'elle n'ait achevé sa mission ou de refuser d'en publier les recommandations. Ces défauts ont discrédité des commissions constitutionnelles en Zambie et au Zimbabwe, et éloigné l'objectif d'une nouvelle constitution acceptable.

Un autre aspect de l'indépendance réside dans les relations de la commission avec le parlement. Parfois, le parlement joue un rôle dans la nomination des membres de la commission constitutionnelle (souvent sur la base d'accords entre partis), mais il est important qu'une fois nommés, on laisse les commissaires faire leur travail. Dans certains pays, les commissaires doivent déclarer sous serment qu'ils exerceront leurs fonctions hors de toute influence des partis politiques – et peuvent bien entendu être obligés d'interrompre toutes relations avec les partis politiques. Le parlement peut désigner un comité restreint pour assurer la liaison avec la commission – et cette liaison sera nécessaire, mais il faudra veiller à ce que le comité restreint ne commence pas à donner des instructions à la commission.

Le même type de questions se pose quant au financement et au personnel. Suffisamment de fonds doivent être mis à disposition mais, sous réserve des règles normales de passation de marchés publics, la commission doit avoir la possibilité de gérer ces fonds. Elle doit aussi pouvoir recruter son personnel, sous réserve éventuellement de certaines règles générales de recrutement, en particulier dans les États pluriethniques. Dans la pratique, les commissions constitutionnelles ont rarement bénéficié d'une autonomie sur toutes ces questions.

Composition

Dans certains pays, des experts étrangers ont été nommés pour renforcer les compétences et l'indépendance de la commission constitutionnelle (le président aux Fidji [1997] ; trois des neuf membres au Kenya [2010]). Sinon, les questions qui se posent consistent à déterminer

s'il doit s'agir d'une commission d'experts (si oui, quel type d'expertise doit être pris en compte ?), d'une commission représentative (au moins des différentes composantes de la nation) ou d'une combinaison des deux.

Normalement, pour permettre des débats fructueux, la commission doit se limiter à un petit noyau de membres (disons de douze à vingt-cinq environ, afin d'avoir une bonne gamme de compétences et d'en assurer la représentativité). Mais aux Fidji [1997], la commission comptait trois membres, dont un acteur étranger (une commission trop restreinte, notamment pour pouvoir être représentative, y compris des femmes), alors que celle du Zimbabwe comptait cinq cents personnes [2000] (ce qui est excessif).

Cadre juridique

Les commissions de certains pays sont créées par une loi spéciale, parfois consacrée par la constitution, qui énonce les composantes essentielles de l'ensemble du processus constitutionnel (comme au Kenya dans les lois de 2000 et de 2008, bien que celle de 2000 n'ait pas été consacrée par la constitution – une grave omission qui a été rectifiée dans le processus de 2008). En Grande-Bretagne, l'on a abondamment eu recours à des commissions royales, à certains égards similaires aux commissions d'enquête susmentionnées. En général, les commissions royales jouissent de beaucoup de prestige et d'indépendance, bien que leurs termes de référence soient décidés par le gouvernement. Un examen approfondi de la constitution britannique a été entrepris par une commission royale de 1969 à 1973, avec un accent sur la déconcentration des pouvoirs.

Nombre de pays, particulièrement dans la sphère de la *common law*, disposent de lois sur les commissions d'enquête, qui sont des organes ponctuels désignés pour enquêter sur une affaire donnée. La commission est créée le plus souvent par le gouvernement (peut-être même personnellement par le président). Elle peut compter un ou plusieurs membres. Elle recueille généralement des preuves auprès des populations et produit un rapport – qu'elle doit habituellement remettre à la personne ou à l'institution qui l'a créée. Dans de nombreux pays, il n'existe aucune garantie que tout rapport soit publié. Et l'autorité investie du pouvoir de nomination peut purement et simplement interrompre les travaux à tout moment.

En 2001, l'Ouganda a mis en place un processus de révision constitutionnelle en s'appuyant sur sa loi sur les commissions d'enquête. Le Zimbabwe a utilisé ce moyen pour effectuer une révision constitutionnelle en 1999 – 2000 (et l'a baptisé « commission constitutionnelle »). Le grand nombre de personnes nommées pour siéger à la commission montre la flexibilité de l'institution. Mais une ONG internationale a relevé qu'aux termes de cette loi, la constitution était sous le contrôle du président et éventuellement réversible par le gouvernement.

De nombreux pays disposent d'organes permanents (parfois appelés « commission de réforme des lois ») chargés d'examiner les propositions de réforme législative (après une saisine du gouvernement ou une auto-saisine). Un des avantages du recours à un tel organe pourrait être qu'il dispose déjà d'une bibliothèque, de personnel (y compris des chercheurs) et (souvent) de rédacteurs juridiques. Par contre, les commissions législatives sont souvent

confrontées à des questions de droit et de pratique qui préoccupent les juristes, plutôt qu'à des questions ayant de profondes implications sociales et politiques. Les commissions indiennes ont produit des rapports sur la nomination des juges (au moins à deux reprises), sur la création d'une chambre constitutionnelle à la Cour suprême et sur la nomination des procureurs. Certes ces questions ont toutes une dimension constitutionnelle, mais elles sont restreintes et peu susceptibles de diviser un pays en conflit.

Au Malawi [1994], la constitution en vigueur prévoit une commission de réforme législative, mais pour réviser sa constitution le Malawi a créé une commission des lois spéciale sur la base de cette disposition, composée entre autres d'avocats et de juges, d'hommes d'église et d'universitaires.

La Commission nationale indienne chargée d'examiner le fonctionnement de la constitution a été créée en vertu d'une décision du gouvernement en 2000. Elle était placée sous la tutelle du ministère de la justice et ne disposait pas de structures de recherche indépendantes, car elles étaient fournies par le ministère mais supervisées par la commission. Elle disposait de ses propres ressources financières, qui transitaient par le ministère. Le gouvernement en a nommé les membres et fixé la durée.

À diverses étapes, le Nigeria a créé des organes sur l'ordre de gouvernements militaires, soit formellement (par une loi), soit par décision gouvernementale. L'un de ces organes était la commission constitutionnelle des « cinquante sages », qui a proposé l'adoption d'un système semblable à celui des États-Unis, adopté en 1979. Les dynamiques des révisions constitutionnelles sont différentes sous un régime militaire (ou non démocratique). La forme juridique importe relativement peu lorsque le gouvernement ne rend pas de comptes. Un commentateur a relevé au sujet de la commission de 1979 que l'on n'avait pas dit aux Nigériens d'où la commission tenait ses instructions ni pourquoi leur système parlementaire avait été transformé en régime présidentiel.

Établissement d'un comité autonome, d'une commission parlementaire ou d'une assemblée ?

Le type de commission de rédaction que nous abordons dans cette partie est à certains égards semblable à celui que crée souvent l'assemblée ou le parlement afin de remplir certaines fonctions préliminaires en son nom, notamment les consultations publiques et l'élaboration d'un projet de constitution.

Les deux types d'organes (commission constitutionnelle et commission parlementaire) diffèrent pourtant sur des aspects importants. La commission constitutionnelle est basée sur les vertus supposées d'un organe distinct et indépendant ; l'autre est pragmatique, et comble les déficiences inhérentes à la nature de l'assemblée, à savoir un organisme immense et délibérant. Il y a une différence évidente dans la composition des deux organes (bien qu'au Zimbabwe [processus en cours], le parlement ait créé des commissions thématiques comprenant des non parlementaires (voir la partie 3.1.2 sur les assemblées constituantes.) Le statut du projet produit par une commission constitutionnelle est souvent supérieur à celui

produit par une commission parlementaire, sur laquelle la plénière a un total contrôle. La commission constitutionnelle peut être un organisme plus efficace pour l'éducation civique et la participation publique, mais la commission parlementaire peut s'avérer plus efficace pour transmettre les avis de la population à l'assemblée – souvent l'instance suprême de décision. Les recommandations de la commission parlementaire peuvent avoir plus de poids aux yeux de l'assemblée, car elles sont souvent le résultat de négociations entre les partis politiques représentés à l'assemblée. Les règles suivant lesquelles la commission parlementaire prend ses décisions (normalement la majorité) peuvent ne pas être les mêmes que celles auxquelles est soumise la commission constitutionnelle.

Encadré 39. Questions à prendre en compte pour la création d'une commission constitutionnelle ou d'une commission parlementaire

- Le mécanisme proposé permet-il aux membres d'utiliser leur expertise pour résoudre une large palette de questions, y compris des questions politiquement sensibles, ou est-il dominé par des juristes ou par un autre groupe ?
- L'institution sera-t-elle jugée représentative du peuple (et est-ce une donnée importante pour elle) ?
- N'est-elle pas suffisamment indépendante ?
- Cet organe est-il capable de solliciter et d'évaluer un nombre important de propositions de la population ?
- Qu'advient-il de ses rapports – sont-ils forcément publiés, et y a-t-il un dispositif permettant de s'assurer qu'ils soient examinés ?
- Les ressources de l'organe sont-elles suffisantes pour l'exercice important que représente l'élaboration d'une constitution ?
- Son travail peut-il être interrompu à tout moment par ceux qui l'ont créé ?
- Est-il réellement utile pour faire avancer la réforme, ou est-ce en réalité un mécanisme créé pour ne RIEN faire ?

Qu'advient-il de l'avant-projet élaboré par la commission constitutionnelle ?

La fonction principale de la commission constitutionnelle est d'élaborer un projet de constitution à soumettre à l'examen et à l'adoption d'une autre instance. Dans nombre de pays, une commission constitutionnelle pourrait prétendre avoir pris en compte les préférences du peuple avec plus d'exactitude que les hommes politiques ne le font. En général, les peuples accordent de l'importance aux valeurs et aux principes, et les hommes politiques aux institutions. Si les valeurs et les institutions ne convergent pas, cela risque de créer des incohérences et des tensions internes. Il est donc souhaitable que les avant-projets de la

commission constitutionnelle soient protégés dans une certaine mesure contre des changements malavisés. Une façon d'y parvenir serait que la commission constitutionnelle établisse un lien privilégié avec le peuple et gagne sa confiance. Si la commission constitutionnelle des Fidji [1997] avait davantage associé le peuple, la commission parlementaire aurait eu plus de mal à s'opposer à ses recommandations. De fait, la commission parlementaire a apporté plusieurs modifications au projet, mue davantage par l'opportunisme politique que par les principes, ce qui a rendu le document quelque peu incohérent. Une autre méthode consiste à faire en sorte que le projet soit difficile à modifier (voir la note sur l'Ouganda et le Kenya ci-dessous).

Le plus souvent, la mouture de la commission constitutionnelle est transmise à une assemblée constitutionnelle ou à l'organe législatif. Mais de façon plus inhabituelle, la charte de transition de la République de Somalie (2004) prévoyait que le projet de constitution élaboré par la commission indépendante soit directement soumis à un référendum. Généralement, l'on considère qu'il est sage de prévoir une « validation » politique de l'avant-projet (même s'il ne s'agit que d'avoir l'approbation des partis).

Même lorsque le projet de constitution est soumis à une assemblée ou à un organe législatif, il n'y a pas de procédure standard. Au Kenya [2005], le projet devait être débattu par les citoyens avant que la Conférence constitutionnelle nationale ne commence ses travaux. Le projet approuvé par la conférence devait être soumis à l'assemblée nationale « pour adoption dans les sept jours ». Étant donné que la disposition sur les amendements de la constitution s'appliquait, l'adoption devait se faire à la majorité des deux tiers, et le parlement pouvait rejeter le projet mais ne pas l'amender. Une autre complication est venue s'ajouter avec une décision douteuse de la division constitutionnelle de la Haute Cour selon laquelle un référendum était également nécessaire. Un référendum organisé un an plus tard a clairement rejeté un projet que le parlement avait modifié en certains aspects fondamentaux par rapport à la version de la conférence.

Le parcours de l'avant-projet du Kenya [2010] fut encore plus compliqué. Le comité d'experts, dont la tâche principale consistait à produire un avant-projet « harmonisé » ou consensuel, devait soumettre ledit projet au public pour débat et en discuter avec un groupe de référence (composé d'acteurs de la société civile). Suite à ces démarches, il devait le réviser si nécessaire. L'avant-projet révisé devait ensuite être soumis à la commission parlementaire restreinte pour commentaires (la loi n'était pas très claire quant au sort à réserver à ces commentaires, mais le comité d'experts a adopté le point de vue selon lequel sur les questions litigieuses, elle devait les entériner). Après d'autres révisions, le projet a été présenté au parlement, qui pouvait l'amender à la majorité des deux tiers. Enfin, le projet a été soumis à référendum et adopté.

En Ouganda [1995], l'avant-projet fut transmis à une assemblée constituante élue en tant que telle. L'avant-projet de la commission ne pouvait être modifié qu'à la majorité des deux tiers, et l'assemblée avait la possibilité de soumettre toute question pour résolution finale à un référendum, mais un référendum en tant que tel n'était pas nécessaire pour l'adoption. En Érythrée [1997], l'avant-projet a été soumis au débat public, puis transmis à l'assemblée nationale, qui avait toute la latitude pour le modifier. Il a ensuite connu un

autre cycle de débats publics avant d'être soumis à référendum. En Zambie [2010], l'avant-projet a été transmis au président et au gouvernement, qui ont publié un livre blanc (rejetant de nombreuses dispositions), puis l'avant-projet révisé a été soumis au parlement, qui l'a approuvé. Le président du Zimbabwe a apporté d'importantes modifications à cet avant-projet (alors qu'il avait lui-même désigné une bonne part des membres de la commission). Finalement, il fut soumis à référendum en 2000 et rejeté.

En Afghanistan [2004], la commission n'était pas indépendante et le projet a été révisé en profondeur par le gouvernement de transition dans le cadre d'un marchandage entre leaders politiques, chefs de guerre et chefs de clans. Il a été soumis à la Loya Jirga constitutionnelle créée pour l'approuver. D'autres marchandages et exigences de la part des États-Unis et des Nations Unies, ainsi que des femmes et des minorités, ont donné lieu à d'autres modifications majeures dans certaines parties du projet. Le gouvernement a effectué des modifications même après le passage du projet devant la Loya Jirga constitutionnelle.

Aux Fidji [1997], l'avant-projet de la commission a été transmis au parlement, qui l'a confié à une commission conjointe des deux chambres. Il s'en est suivi une période de débat public avant que la commission ne commence ses travaux, mais ce débat n'était pas organisé de manière officielle et peu de personnes y ont participé. Les délibérations de la commission étaient secrètes, même pour les experts consultants des partis.

En Irak [2005], l'avant-projet produit par la commission parlementaire (élargie à des non-parlementaires sunnites, car peu de membres de cette communauté étaient élus à l'assemblée en raison d'un boycott) a été ignoré par les chefs des partis qui, sous la pression des États-Unis, ont négocié des décisions fondamentales et rédigé l'avant-projet en secret.

Tout ceci montre que les avant-projets créés par des commissions constitutionnelles ont connu des réussites inégales. Ce bilan part du principe que le but des avant-projets est qu'ils soient adoptés avec le moins de modifications possibles. Mais on peut également estimer que l'avant-projet vise également à amorcer ou à renforcer un débat national sur une série de propositions, donner des orientations ou mettre en exergue des questions cruciales sur lesquelles des décisions doivent être prises par le biais de procédures démocratiques. Et les commissions exercent d'autres fonctions en plus de la production d'un avant-projet de constitution. Elles doivent assurer l'éducation civique du peuple et sensibiliser les citoyens sur les valeurs démocratiques et la capacité à participer à la vie politique du pays.

Autres organes spécialisés

Des organes similaires à des commissions ont été mis à contribution pour effectuer des tâches précises à défaut de produire un avant-projet. Ils peuvent être chargés, par exemple, de produire des idées de nature à rationaliser des propositions précises. Un comité composé de deux membres a été créé en Papouasie-Nouvelle-Guinée pour fournir des précisions sur la structure d'un gouvernement provincial. De la même façon, en Afrique du Sud [1996], l'assemblée a bénéficié du concours d'experts pour concevoir une administration provinciale. L'assemblée d'Afrique du Sud a aussi bénéficié de l'aide d'un groupe d'experts

en droit constitutionnel pour préciser l'interprétation de certaines dispositions du projet ou pour aplanir des différends, et un autre organe lui a permis de faire adhérer au processus un plus grand nombre d'Afrikaners parmi les plus rétifs. La commission érythréenne a quant à elle bénéficié, tout au long de ses travaux, de l'appui d'un conseil de quatorze experts, juristes, historiens, politologues et anthropologues étrangers. Des organes spécialisés ont été appelés à apporter une aide dans d'autres domaines, à savoir le fédéralisme fiscal, l'ajustement des frontières et le système électoral. Un type de commission spéciale a été utilisé pour élaborer une constitution à l'occasion de l'indépendance de la Malaisie : elle était entièrement composée d'experts étrangers et visait à faire une analyse objective des problèmes de la Malaisie et à trouver un consensus (voir la partie 3.4.1). Dans la partie 2.5.2 portant sur les questions conflictuelles, nous avons brièvement parlé de la création d'organes spéciaux pour s'occuper de ce type de questions dans un processus constitutionnel.

Conclusions

Il y a sûrement peu de chances qu'une commission soit créée lorsqu'il existe des partis politiques efficaces et représentatifs qui préféreraient négocier les principes et les procédures à examiner (plus probablement au parlement). Une commission parlementaire peut alors être mise en place pour négocier les dispositions dans le détail. Lorsque les partis n'ont pas de politique claire et que le niveau du soutien de la population est incertain, ou lorsque les divisions sont d'ordre ethnique ou sectaire, une commission constitutionnelle peut fournir à la fois des orientations et des idées et contribuer à créer un certain niveau de consensus. Elle peut aussi conférer de la visibilité au processus et promouvoir le débat public. Son rôle en matière d'éducation civique a souvent été essentiel (comme le prouvent les processus constitutionnels de l'Ouganda [1995], de l'Érythrée [1997] et du Kenya [2005 ; 2010]). Une commission constitutionnelle est probablement le moyen le plus efficace d'obtenir l'adhésion de la population. Dans certains cas, elle a donné forme au processus grâce à sa dynamique propre et joué un rôle essentiel dans la gestion de l'ensemble du processus (comme au Kenya [2005]). Les commissions sur des sujets particuliers, notamment les questions fiscales, environnementales, électorales et de décentralisation, souvent en dehors du champ des compétences des constitutionnalistes traditionnels, peuvent apporter d'importantes contributions et aider les constituants à éviter des erreurs qui pourraient coûter très cher plus tard ou se révéler problématiques sur le plan administratif. Bien qu'il ne soit pas indispensable, le recours à une commission doit être envisagé par ceux qui sont chargés de concevoir le processus.

3.3 Organes de gestion administrative

Dans de nombreux processus, l'administration et la gestion du processus ont été prises en compte après coup et assurées de façon improvisée. Cette situation a eu pour effet de créer de la confusion et des désaccords quant aux responsabilités des uns et des autres, voire la non-réalisation de certaines tâches. En raison des dizaines, voire des centaines de tâches à coordonner et à gérer, une sorte d'organe de gestion administrative est souvent nécessaire (voir la partie 2.1. illustrant la gamme des tâches dont cet organe pourrait s'occuper).

Pour les besoins de ce manuel, nous avons utilisé le terme « organe de gestion administrative » pour prendre en compte le vaste champ d'expériences en matière d'administration et de gestion du processus. Nous avons défini un organe de gestion administrative d'une façon qui inclus tout/e organisation, entreprise, institution, comité, cellule ou petit groupe d'administrateurs chargé/e de mettre en œuvre les politiques et les projets du processus constitutionnel et de fournir un appui technique. Un tel organe peut aller d'un comité de gestion de deux à trois personnes pour un processus de réforme incontesté à un secrétariat comprenant des centaines d'employés pour accompagner un processus participatif. Dans cette partie, nous parlerons du mode de création de ces organes, de leur rôle et de leurs pouvoirs, ainsi que de leur direction, de leur structure et de leur mode de gestion.

Création de l'organe de gestion administrative

Une décision doit être prise au début du processus quant à savoir s'il faut créer un nouvel organe de gestion administrative (si oui, quand le faire) ou si un organe existant peut jouer ce rôle. Dans les pays disposant d'un parlement qui siège de façon permanente, le secrétariat ou un organe similaire devient parfois l'organe de gestion administrative. Au Brésil [1988], le centre d'information et de traitement des données du sénat, qui appuyait le parlement permanent, a également soutenu l'organe constituant. Bien que cette approche soit pratique, elle peut aussi avoir des inconvénients. L'organe existant peut ne pas disposer de personnel doté des compétences requises, tels que des éducateurs civiques. Le personnel est aussi chargé de tâches sensibles telles que l'analyse des avis des citoyens et a la tâche technique de rédiger le texte. Il peut y avoir des questions quant au degré d'impartialité des acteurs étatiques en général vis-à-vis de tous les intérêts, groupes et individus. En Afrique du Sud [1996], certains membres de l'assemblée constituante nourrissaient une profonde suspicion à l'égard du personnel parlementaire qui avait servi sous le régime de l'apartheid. Si la réforme constitutionnelle fait l'unanimité et que le personnel parlementaire est suffisamment qualifié pour appuyer le processus, cela peut constituer une bonne option (comme en Finlande [2000]).

Dans les pays sortant d'un conflit, il se peut qu'il n'y ait aucune institution en place capable de remplir la fonction d'organe de gestion administrative. En Afghanistan et au Timor-Leste, un nouveau secrétariat a été mis en place avant le principal organe constituant afin de recruter et de former du personnel, de planifier les activités prévues par le mandat dudit organe, de s'occuper de toutes les tâches relatives aux passations de marchés, aux infrastructures ou à la logistique nécessaires à la préparation du processus. Dans un contexte où les infrastructures ont été détruites et où les ressources humaines et matérielles sont rares, la simple recherche d'un espace de bureaux et le recrutement du personnel peuvent être chronophages. Les concepteurs du processus doivent prévoir suffisamment de temps pour que l'organe de gestion administrative soit en place dans de telles situations.

Dans certains processus, plusieurs organes de gestion administrative ont été créés. En Ouganda, un secrétariat a été chargé d'appuyer la Commission constitutionnelle de 1988 à 1993, puis a été dissout et remplacé par un secrétariat complètement différent qui a

appuyé le travail de l'assemblée constituante de 1993 à 1995. Toutefois, dans des processus qui impliquent une éducation civique et une consultation publique et utilisent plusieurs organes constituants, avoir un seul organe de gestion administrative peut assurer plus efficacement la continuité et la coordination de tous les « éléments dynamiques ».

Les organes de gestion administrative ont recruté ou sollicité des organisations extérieures, ministères ou entreprises afin de les épauler pour accomplir certaines de leurs tâches essentielles – en particulier, l'éducation civique. Les tâches peuvent aussi se répartir entre plusieurs institutions. En Afrique du Sud [1996], la logistique, la restauration, les plans de vol et les comptes étaient gérés par l'*Independent Business Council* – une organisation locale à but non lucratif parrainée par le secteur privé et considérée comme politiquement neutre. Au Zimbabwe [en cours], le secrétariat a sollicité les services d'agences de publicité pour la production de supports d'information pour les citoyens. Une section administrative a également été adjointe à l'assemblée constituante pour gérer la recherche et la rédaction, ainsi que les tâches liées à la participation des citoyens. En Afghanistan [2004], le secrétariat s'est occupé de toutes les tâches à l'exception des affaires financières, qui étaient gérées par le Programme des Nations Unies pour le développement.

En fonction de son rôle, l'organe de gestion administrative peut nécessiter un certain degré d'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif (y compris le gouvernement et les institutions du service public). Faute de quoi, il risque d'être taxé de parti pris en faveur des intérêts gouvernementaux.

Rôles et prérogatives

De manière générale, l'entité ou les individus qui dirigent l'organe constituant (comité exécutif ou acteurs étatiques) prennent les décisions d'orientation, dont l'organe responsable de la gestion administrative planifie l'exécution. Par exemple, une commission constitutionnelle peut décider de la tenue de séances d'éducation civique et de consultation publique dans toutes les régions, et l'organe de gestion intervient pour mettre en œuvre cette décision. Dans la pratique, le rôle et les pouvoirs dévolus à ces deux structures (si elles sont séparées) peuvent ne pas être clairement définis par la loi ou par n'importe quel autre moyen. En l'occurrence, cela peut créer de graves tensions. En effet, au Timor-Leste, l'absence de mandat ou de ligne hiérarchique clairs pour le secrétariat de l'assemblée constituante a été à l'origine du renvoi de sa première directrice par le président de ladite assemblée, pour avoir pris des décisions jugées au-dessus de ses prérogatives par les membres de l'assemblée.

Direction de l'organe chargé de la gestion administrative

Ce rôle requiert impartialité et indépendance vis-à-vis de l'État et des partis, ou de toute autre partie prenante clé. Le Président d'une commission ou de l'assemblée constituante peut également diriger l'organe chargé de la gestion administrative (comme en Érythrée [1997] et au Kenya [2005]).

Encadré 40. Népal [processus en cours] : mauvaise organisation de la structure de gestion

En 2008, l'assemblée constituante du Népal avait créé plusieurs comités pour s'occuper de différentes tâches, mais sans mécanisme de coordination. Il existait un secrétariat qui apportait un soutien administratif limité, mais cela n'a pas suffi à résoudre les différends quant aux prérogatives et à l'opportunité des interventions des uns et des autres. Cela a donné lieu à des problèmes de planification ; le processus de consultation ayant été lancé sans définir la stratégie d'analyse et de discussion des milliers de points de vue qui devaient être recueillis, avec les membres de l'assemblée.

Le fait qu'un président s'occupe à la fois des tâches à caractère politique, de la gestion et de l'administration quotidienne du processus, peut comporter un certain nombre d'inconvénients :

- Généralement, le président de l'organe constituant est choisi sur la base de ses aptitudes politiques, ou parce qu'il est coopté par toutes les parties prenantes. Toutefois, il peut ne pas avoir les compétences managériales requises pour diriger cet organe ;
- Il a la lourde responsabilité de superviser le travail politique et intellectuel qu'exige la préparation de la constitution et les tâches de gestion et d'administration peuvent l'en distraire ou l'empêcher d'y accorder suffisamment d'attention ;
- Il peut ne pas faire preuve d'impartialité et manipuler les résultats des travaux pour favoriser son parti ou son groupe. Par exemple, il peut faire en sorte que l'analyse du processus de consultation publique aille dans le sens de son opinion ou de ses intérêts.

Pour toutes ces raisons, il serait utile qu'à la tête de l'organe de gestion administrative, il n'y ait pas de membre ou de dirigeant de l'entité chargée de l'élaboration de la constitution. Le responsable peut être recruté, détaché ou nommé pour son expertise en gestion et l'unanimité qu'il fait auprès de toutes les parties prenantes. Un cabinet de recrutement peut être engagé ou de larges consultations publiques tenues comme l'ont fait certains auteurs du processus pour trouver des cadres expérimentés et reconnus, acceptés par toutes les parties prenantes. L'identification de la personne appropriée peut nécessiter un travail considérable.

Si en fin de compte aucune compétence n'est disponible au niveau national, il peut être fait appel à l'expertise extérieure, mais l'idéal est que son rôle se limite à l'encadrement des acteurs nationaux. Au Timor-Leste [2002], le secrétariat était dirigé par un Brésilien recruté par l'entremise des Nations Unies. Les relations peuvent être plus délicates avec une administration entièrement ou partiellement étrangère. En effet, dans nombre de pays, l'expérience en matière d'élaboration de constitution est limitée ; par conséquent, les acteurs nationaux peuvent manquer de confiance en eux-mêmes, alors qu'une lourde responsabilité leur est confiée. Le mode de gestion doit donc être circonspect et tel que ces derniers se sentent respectés et en charge du processus, ce malgré leur expérience limitée.

Certes, il peut être difficile pour des acteurs étrangers expérimentés de ne pas réagir face à l'inefficacité, mais ceux-ci iraient à l'encontre du but recherché en essayant de prendre les choses en main. De plus, ils peuvent être accusés d'influencer indument le processus. Au Timor-Leste au moins, un acteur local aurait pu être trouvé, capable de faire le travail avec autant voire plus d'efficacité, mais l'on a raté l'occasion de développer les capacités locales.

Normalement, le directeur rend compte aux dirigeants de l'organe constituant, mais aussi à l'exécutif ou à une autre institution étatique si ledit organe n'est pas indépendant. Les conditions ci-après peuvent donner lieu à des tensions entre les personnes à la tête de cette entité et le directeur de la structure chargée de la gestion administrative (s'il s'agit de personnes différentes) :

- Le directeur n'est pas associé au processus de prise de décision, mais est invité à mettre en œuvre des décisions stratégiques qui ne peuvent pas être appliquées en raison de l'absence de ressources, du manque de temps ou de contraintes d'ordre logistique ;
- Il peut prendre des décisions qui ne reflètent pas ou ne vont pas dans le sens des décisions stratégiques de l'organe constituant ou d'un autre organisme pertinent ;
- Les prérogatives, obligations et lignes hiérarchiques peuvent ne pas être clairement définies, ce qui peut mener à la confusion par rapport à ce qui a été décidé et ce qui est mis en œuvre. En Afghanistan, par exemple, le directeur du secrétariat rendait compte aux Nations Unies, au Président Karzai et au président de la commission constitutionnelle ; parfois, il recevait des instructions contradictoires et se devait de gérer les tensions ainsi créées. Le président de la commission en particulier pensait pouvoir prendre des décisions par rapport à la création de la Loya Jirga constitutionnelle bien qu'aucun rôle formel ne lui fut dévolu, et qu'il n'ait pas été associé au processus de prise de décision encadré par l'exécutif et les Nations Unies ;
- Des membres corrompus de l'organe constituant peuvent essayer d'influencer le directeur pour l'amener à leur octroyer des ressources additionnelles, ou à donner des contrats à des membres de leur famille, ou simplement exiger un rôle dans la passation des marchés et les décisions budgétaires. Il peut être spécifié dans leur mandat statutaire ou dans un code de conduite, qu'ils ne peuvent pas être associés à des procédures budgétaires ou de passation de marché, de même que les prérogatives du directeur dans ces domaines et les modalités de supervision (voir la partie 2.3.3).
- Il peut être demandé à l'organe chargé de la gestion administrative de calmer des tensions ou de régler des différends entre les dirigeants ou les membres de l'entité chargée de l'élaboration de la constitution, qui pourraient compromettre son rôle de prestataire impartial de services techniques et de soutien (Albanie [1998]).

Des lignes hiérarchiques, des prérogatives et des obligations clairement définies ainsi que la tenue de réunions régulières entre le directeur et les responsables de l'organe constituant pour discuter des questions qui se posent au fur et à mesure peuvent permettre de trouver des solutions. Pour certains problèmes, il faut des compétences diplomatiques solides. Un mécanisme peut être établi, qui permette au directeur de rendre compte des cas de

corruption ou de conflits d'intérêts impliquant des rédacteurs de la constitution qui essayent d'influencer les décisions relatives à la gestion et l'administration.

Création de services ou de départements spécialisés

L'organe de gestion administrative effectuant des tâches complexes est souvent subdivisé en départements ou services spécialisés, avec une appellation reflétant sa fonction principale. Il n'y a pas de modèle privilégié lorsqu'il s'agit de le structurer. Le nombre de départements et de postes dont il faut le doter le cas échéant, dépend du financement et de la disponibilité des ressources.

En Afrique du Sud, l'administration de l'assemblée constituante était assurée par une direction (composée d'un directeur exécutif et de deux adjoints) chargée de superviser les départements du secrétariat, du conseil juridique, de la recherche, des finances, de l'administration, des médias et de liaison communautaire (qui était en charge de l'éducation civique et de la consultation publique). Certains de ces départements s'étaient attachés les services de consultants tels que des évaluateurs externes et des traités. Nombre d'organes de gestion administrative ouvrent également des antennes pour étendre leur champ d'action au reste du pays (tel qu'en Érythrée [1997], Afghanistan [2004] et Kenya [2005]).

Ci-après, des départements ou services génériques potentiels, avec une brève description des tâches qui pourraient leur incomber. La liste n'est pas exhaustive, il s'agit simplement d'un outil qui aide à planifier ce dont on peut avoir besoin pour administrer et gérer un processus complexe.

- **Le bureau du directeur** – exécute les stratégies, gère tous les services et les antennes régionales, veille à l'accomplissement des tâches dans les délais, de manière professionnelle et soucieuse de l'éthique. Il rend compte à l'organe constituant ou à tout autre organe, comme prévu dans son mandat ;
- **Le personnel** – aide au recrutement et à l'embauche de personnel, prépare ou adopte toute politique requise en matière de personnel, dresse les descriptions de poste et les termes de référence, fixe les salaires et intervient sur tous les problèmes qui peuvent se poser ;
- **L'administration financière** – prépare le budget et apprête tous les budgets pour les donateurs, assure l'exécution des budgets suivant les exigences des donateurs ou des États, prépare les politiques ou procédures financières nécessaires et fait en sorte que le personnel s'y conforme, supervise les prévisions de flux de trésorerie, approuve tous les transferts en espèces ou les virements télégraphiques, garde des liquidités, contrôle et suit les dépenses, prépare et paie les salaires, rend compte de l'utilisation des fonds, et collabore avec les commissaires aux comptes si nécessaire. Ce département traite et assure la coordination avec les donateurs, répond à leurs demandes, rédige ou coordonne les rapports qui leur sont destinés, et donne son avis sur la conformité à leurs exigences ;
- **L'administration** – gère les conférences des autres entités et organise les services d'interprétation et de traduction, d'impression, de secrétariat (procès-verbaux), les services généraux, les infrastructures, la logistique et la passation des marchés ;

- **Le département d'information et de communication** – chargé de l'éducation civique, de la consultation publique, des médias et des relations avec les parties prenantes. Un responsable doit superviser ces trois activités interdépendantes, car il faut une bonne coordination pour s'assurer que chacune d'elle soit exécutée en temps opportun. Par exemple, les campagnes médiatiques doivent précéder et appuyer les réunions de consultations publiques ;
- **Le département de la sécurité** – conseille le directeur sur les questions de sécurité et crée, si nécessaire, des procédures de sécurité de base ou adopte celles d'institutions similaires déjà établies ; crée et fait exécuter des consignes de sécurité (protocoles spécifiques pour les déplacements vers des zones d'insécurité, les communications, les incendies, les alertes à la bombe et les explosions, les coups de feu, le vol, les agressions physiques, les questions de santé et les évacuations) ; établit la liaison, le cas échéant, avec la police nationale, le personnel de sécurité local, les services de renseignements étatiques, les forces de maintien de la paix, les ambassades et autres acteurs concernés, pour assurer la sécurité lors des diverses manifestations ou au sein du principal organe constitutionnel ; prépare des notes d'informations régulières le cas échéant, gère le personnel de sécurité engagé ou en détachement, ainsi que les autres agents de sécurité ;
- **Le département juridique et de recherche** – rédige les dispositions constitutionnelles et autres documents, suivant les instructions données par les rédacteurs de la constitution (l'organe de gestion administrative peut être ou non chargé de la rédaction), garde la version électronique officielle du projet de constitution en lieu sûr, avec contrôle de la version, fait des recherches sur demande et conseille sur toutes les questions ou aspects relatifs au projet de constitution, ainsi que sur celles afférentes au règlement intérieur, aux codes de conduite ou à toute autre question à caractère juridique. Il peut également prêter assistance dans le processus de consultation publique, l'analyse, le rassemblement et la communication d'informations sur les points de vue exprimés par les citoyens ;
- **Le département archives et documentation** – prépare les lignes directrices et les procédures de documentation des débats ; crée un système de tri, de codage, de sauvegarde et d'archivage de texte et d'autres types de documents, entre autres les procès-verbaux, rapports, relevés de vote, enregistrements audio et vidéo, ainsi que les photographies des réunions des comités. Il peut également s'occuper de la collecte, de la compilation et de la mise en banque de données de tous les points de vue rassemblés, ainsi que de la transcription des positions exprimées oralement ;
- **Le département des technologies de l'information** – conseille sur les besoins techniques du processus et fournit des services informatiques et de maintenance, des services de réseau, d'assistance et de formation des utilisateurs, de traitement de données et des solutions techniques. Peuvent être inclus dans ces services l'assistance durant les opérations électorales ou le processus de vote, la création d'un système de saisie des opinions des citoyens dans une banque de données, ou la création d'un site Internet pour le processus ;
- **Le département du développement des capacités** – évalue les compétences nécessaires pour effectuer toutes les tâches requises, exécuter les plans et assurer la formation, afin que tous les membres du personnel soient suffisamment bien préparés à jouer leur rôle ;

- **La coordination des bureaux locaux** – aide à la création de bureaux régionaux et travaille en collaboration avec tous les autres départements et services pour les soutenir et veiller à ce qu'ils soient en contact permanent avec le siège. Elle communique régulièrement avec eux et leur rend visite pour s'assurer de leur bon fonctionnement.

Les départements peuvent être subdivisés ou associés de diverses manières et les tâches spécialisées externalisées (voir section 2.3. sur la manière de gérer ces tâches).

Nécessité de se doter d'un organigramme

Il est important d'avoir un organigramme lorsque doivent être définies les lignes hiérarchiques, aussi bien au sein de l'organe de gestion administrative, qu'entre celui-ci et l'organe constituant ou tout autre organe ou institution auxquels ils rendent compte. Quelle qu'en soit la structure, l'organigramme doit être considéré comme flexible, et à même d'incorporer tout besoin exprimé à n'importe quelle étape du processus. Par exemple, il peut être nécessaire d'élargir, de réduire ou d'ajouter des départements.

Conseils pratiques

- Tôt dans le processus, mettre en place l'organe de gestion administrative, afin d'épargner au personnel de ne disposer que de trop peu de temps pour exécuter toutes les tâches, et en particulier l'éducation civique et les consultations publiques ;
- Créer des mandats, des tâches et des lignes hiérarchiques bien définis, ainsi qu'une structure organisationnelle ;
- Prévoir des réunions régulières entre le directeur et les responsables de l'organe constituant, entre le directeur et le personnel, afin d'assurer une communication et une coordination constantes ;
- Octroyer des fonds et des ressources en quantité suffisante à l'organe de gestion administrative ;
- Ne pas usurper les fonctions des rédacteurs de la constitution. L'organe de gestion administrative devrait collaborer avec eux, et non contre eux ; en effet, il gagnerait en efficacité en essayant de stimuler leur assurance, leur faire sentir qu'ils maîtrisent la situation et que le document attendu est le leur, pour susciter en eux un sentiment de fierté dans leur travail. Autrement, ils peuvent se rebeller et tout simplement ne pas se présenter au travail ;
- Faire preuve de transparence. En Afrique du Sud, les journalistes étaient invités à siéger aux sessions de l'organe de gestion administrative, tandis que d'autres entités avaient posté leur budget et leur programme de travail en ligne ;
- Garder à l'esprit le degré d'indépendance de l'organe de gestion administrative. L'indépendance structurelle peut être prévue dans le cadre juridique créant le mandat, mais elle peut se présenter sous diverses formes selon le contexte du processus ;
- Créer un organe de gestion administrative impartial. Les citoyens doivent avoir foi dans le fait que cet organe ne cherchera pas à promouvoir indûment les intérêts d'un groupe, d'un

parti politique ou de l'État, mais, au contraire, qu'il essaiera autant que faire se peut, de veiller à l'équilibre de ces intérêts. Le directeur ne doit pas exprimer d'opinion sur tel ou tel agenda politique ou constitutionnel, ni le promouvoir, ou accepter des cadeaux d'une partie prenante au processus.

3.4 Institutions spécialisées ou dotées de ressources techniques

Une entreprise aussi complexe que l'élaboration d'une constitution nécessite forcément l'intervention de plusieurs organes spécialisés et d'experts. Cette section se penche sur certaines composantes telles que les experts (qui peuvent se présenter sous forme d'« espions isolés » ou organisés en bataillons), les organes qui dirigent les élections et les référendums, les ministères et les tribunaux. À la rubrique « commissions et comités » de la section précédente, il a été noté brièvement que les comités peuvent être constitués ou utilisés dans le processus d'élaboration constitutionnelle.

3.4.1 Experts

Historique

Les experts jouent un rôle crucial dans l'élaboration des constitutions. Toutefois, ce rôle a évolué avec le temps, tout comme le type d'experts. En effet, leur rôle dépend dans une grande mesure de leurs relations avec les rédacteurs de constitution. Jusqu'à une période récente, les juristes (universitaires notamment) y jouaient un rôle central. Ils rédigeaient les constitutions pour le compte de monarchies. Mais avec l'avènement des institutions parlementaires, leur rôle est devenu celui de conseiller de partis politiques qui prennent la décision finale. Durant la décolonisation, les universitaires de la métropole étaient recrutés pour prodiguer des conseils sur la constitution, et souvent la rédiger. Ils dominaient parfois tout le processus, en droite ligne des objectifs du pouvoir colonial ou de la toute nouvelle élite. Avec l'avènement de la participation citoyenne, ils n'ont pas été mis au rebut, mais leur rôle est de plus en plus réduit aux questions techniques. La politique et la participation populaires ont démystifié les experts et leur monopole du savoir.

Évolution du rôle des experts

Les types d'experts et les rôles qu'ils jouent ont également changé avec l'évolution de la constitution. Les contextes d'élaboration de constitutions ont considérablement changé au cours des cinquante dernières années (suite à la vague de décolonisation). Beaucoup de constitutions ont été préparées à la suite ou en vue du règlement de conflits internes. Dans de telles circonstances, les compétences techniques du conseiller traditionnel, que nous pouvons appeler « généraliste » et qui couvrait tous les aspects de la constitution, ne suffisaient plus. Ce fut donc l'entrée en lice du spécialiste. La nécessité d'avoir des spécialistes se fait plus pressante, lorsque le processus d'élaboration constitutionnelle

s'intègre dans celui, plus complexe, du maintien de la paix et du partage de pouvoir (comme en Bosnie-Herzégovine, Irlande du Nord et au Soudan), et que doivent être traitées des questions comme la destruction des armes, la fusion des milices armées, le retour des réfugiés, et la justice de transition. Il y a aujourd'hui des théories opposées sur la manière de réaliser la paix et l'harmonie, ainsi que sur le processus de négociation (chacune avec son jargon). Durant la période d'après-guerre froide, certaines constitutions axées sur la démocratisation, ont été dominées par des théories de transition vers la démocratie.

Une autre évolution entre dans le champ des constitutions. Le juriste-généraliste suffisait lorsque les systèmes de gouvernement étaient la priorité, en se fondant sur les principes de séparation des pouvoirs en particulier l'indépendance de la justice, ainsi que, occasionnellement, la protection des minorités limitée aux droits civils et politiques. Souvent le juriste-généraliste n'était pas très versé dans les politiques ou la complexité des systèmes électoraux, la politique des origines ethniques, la complexité des questions foncières ou les préoccupations de justice sociale. Pour la plupart, ces aspects étaient omis dans la constitution, et laissés au processus politique. Aujourd'hui, il est attendu d'une constitution qu'elle résolve une multitude de problèmes politiques et sociaux, dont ceux de la représentation (des femmes, des handicapés, des minorités), de l'exclusion (lorsque l'État est dominé par une ou deux communautés), de la justice sociale (par la discrimination positive, par exemple), de partage du pouvoir (y compris la décentralisation), de l'identité (surtout dans les États multiculturels), des réformes sociales (s'attaquer à l'oppression dans la société, par exemple), de la viabilité de l'environnement, de la reddition des comptes pour les forces de sécurité, et des processus financiers et budgétaires plus draconiens. Tout ceci exige des connaissances pointues, et c'est la raison pour laquelle l'éventail des experts recrutés pour apporter des conseils sur la constitution s'est élargi de manière aussi exponentielle. Il est donc essentiel de coordonner leur travail.

Le rôle plus affirmé de la communauté internationale (participation d'autres États, organisations régionales et internationales, ONG internationales) dans les processus nationaux d'élaboration de constitutions est un autre facteur non moins important. Il peut s'expliquer par l'effondrement de l'État ou des circonstances graves nécessitant l'aide et l'assistance internationale (comme au Cambodge [1993], en Bosnie-Herzégovine [1995], au Timor-Leste [2002], en Afghanistan [2004], et au Kosovo [2008]). Le rôle des experts internationaux a été facilité par le désir de certains pays de jouer un rôle international, l'apparition de normes internationales dont l'incorporation dans une constitution nécessiterait une aide spécialisée (droit des populations autochtones, questions de genre, viabilité de l'environnement, justice de transition), et la montée en puissance d'ONG internationales généralement financées par des gouvernements occidentaux et dont la survie dépend des activités qu'elles génèrent. Des institutions internationales comme le Programme des Nations Unies pour le développement cherchent aussi à jouer un rôle. Par conséquent, une catégorie d'experts (différente des autres qui ne sont au mieux que des travailleurs à temps partiel) s'est développée, prenant les dimensions d'une industrie et manifestant de l'intérêt pour les conflits.

L'internationalisation des processus d'élaboration de constitutions signifie également que les experts viennent d'horizons divers et ont des traditions juridiques différentes. Certains d'entre

eux sont des spécialistes du droit comparé, et sans doute, peu de spécialistes du droit commun connaissent bien les systèmes de droit civil et inversement. En conséquence, ils ont du mal à collaborer en raison de leurs divergences sur les approches, les concepts et les institutions à choisir. Évoquant le processus de Dayton pour la Bosnie-Herzégovine, un observateur, notant les conflits de traditions et de styles juridiques, a souligné que les différences culturelles entre les juristes (certains venus des États-Unis, d'autres d'Europe et des Balkans) ont certes ralenti la rédaction, mais également permis de bien analyser les idées et de mutualiser les traditions tout en privilégiant les concepts yougoslaves (O'Brien 2010 : 337).

La diversité des traditions des juristes compte probablement moins dans des domaines plus techniques tels que la sécurité, l'environnement et les systèmes électoraux. Le rôle des experts a également été très affecté par l'avènement du processus participatif. Aujourd'hui, ils ne sont plus invités par les États ; les agences internationales envoient leurs experts sans recevoir d'autorisation préalable des gouvernements. Beaucoup d'entre eux sont invités par les ONG locales, mais en bénéficiant de subventions extérieures. Aussi bien les groupes spéciaux que les individus estiment avoir l'expertise nécessaire pour négocier et discuter de questions constitutionnelles ; beaucoup veulent rédiger le texte. Ces groupes et ces individus n'opèrent généralement pas sous la bannière de partis politiques ; il est donc difficile de les « maîtriser ». La tendance à usurper le rôle des experts est d'autant plus forte que le législateur ou l'assemblée constituante mettent en place des comités thématiques pour la prise de décisions. Se pose alors le risque d'une mauvaise rédaction et d'une incohérence générale du document.

Fonctions des experts

Les experts exécutent diverses fonctions. Certains proposent une réplique des expériences intervenues ailleurs, dans l'espoir d'en tirer quelques enseignements. L'avantage ici est qu'ils n'ont pas besoin de montrer une connaissance quelconque de la scène locale – mais ils devraient se garder de suggérer que des institutions d'autres pays peuvent nécessairement être reproduites, et leur auditoire doit étudier soigneusement ces expériences. Certains jouent un rôle plus exaltant ; ils peuvent être des experts en résolution de conflits, tandis que d'autres sont plus efficaces en tant que négociateurs (souvent dans des situations postérieures au conflit). En Afrique du Sud, à part les experts invités par des groupes locaux, l'assemblée constituante a désigné certains experts locaux réunis en panel pour apporter des conseils sur l'interprétation des projets de constitutions, afin d'aider à régler les différends, surtout sur les questions d'ordre juridique. Les experts sont souvent sollicités pour exprimer leur point de vue sur un projet de constitution avant sa révision finale et son adoption (comme ce fut le cas en Érythrée, au Kenya, au Népal et en Afrique du Sud).

Les experts, et surtout les juristes-généralistes ayant une large connaissance des questions juridiques, peuvent jouer un rôle utile s'ils comprennent bien le contexte local (y compris la culture), et peuvent établir de bonnes relations avec leurs clients (voir dans la partie 2.3.6, l'analyse sur les conseillers étrangers de manière générale). Parfois, des parties négociant une question ne la maîtrisent pas bien et rechignent à prendre une position susceptible

de leur nuire. Si ceux qu'elles ont en face d'elles souffrent du même syndrome, alors les tractations peuvent être compliquées, longues, âpres et entourées de suspicions. Par contre, si chaque partie dispose d'un expert dont l'opinion est respectée, beaucoup de questions peuvent être traitées, en laissant les plus cruciales aux mandants. Les Sud-Africains ont, de cette manière, énormément bénéficié de l'apport des experts des partis politiques.

Certains experts sont commis pour une tâche précise. En effet, leur avis peut être sollicité sur des questions telles que « Quel système permet de garantir l'élection d'un plus grand nombre de femmes, de groupes marginalisés ou de personnes handicapées à l'assemblée ? » Ou encore « Comment traiter les questions relatives au foncier ? » Leur opinion peut également être demandée sur la manière de planifier et d'administrer l'éducation civique, ou d'analyser les avis des citoyens soumis à l'assemblée constituante. Pour d'autres, il s'agit de s'exprimer sur la conception du processus d'élaboration de constitution. Beaucoup d'experts peuvent intervenir comme simples conférenciers à des ateliers. Ils peuvent aussi jouer un rôle utile au début et à la fin du processus : au début pour émettre une idée sur ce que doit comporter un bon processus, en donnant des perspectives de comparaison utiles, et à la fin pour faire des commentaires sur le projet de constitution avant son approbation finale et sa ratification. Parfois, les experts peuvent être très utiles, face à des questions controversées ou compliquées (comme la décentralisation ou le fédéralisme) ; dans ces cas-là, un groupe de deux à trois experts peut montrer la voie à suivre et attirer l'attention sur les risques et les dangers.

Certains experts sont étroitement associés aux décideurs, en qualité de conseillers auprès de partis politiques, de la commission constitutionnelle ou de l'assemblée constituante. D'autres interviennent à la périphérie, basés dans une ONG locale ou internationale ; beaucoup ne sont pas sollicités, n'ont pas un rôle précis et offrent leurs services une fois sur place. Certains experts font partie d'une équipe, certains opèrent seuls. Un expert étranger soutenu par son pays peut avoir un accès privilégié aux décideurs.

Experts locaux ou étrangers

Au cours des dernières années, les experts étrangers ont commencé à jouer un rôle prépondérant de conseiller sur les questions constitutionnelles. Dans le même temps, le nombre de citoyens ayant une bonne connaissance de constitutions comparables a augmenté. Quels avantages comparatifs peut-on tirer du recours à des experts étrangers ou à leurs homologues locaux ?

Parfois, on juge que les experts étrangers sont mieux placés pour apporter des conseils objectifs. Lorsqu'il a fallu rédiger la constitution de la Malaisie occidentale indépendante, il fut difficile de s'entendre, du fait des divergences politiques locales. Par conséquent, un groupe d'experts internationaux fut constitué pour faire des recommandations qui furent largement, mais pas totalement acceptées. De la même manière, la constitution de la Namibie a été rédigée à la demande de l'assemblée constituante, par trois experts étrangers, en tenant compte d'un ensemble de principes sur lesquels les partis politiques

étaient d'accord. Lesdits experts étaient des Sud-Africains acceptables aux yeux des principaux intérêts politiques et autres. En 1996, lorsque les Fidji ont rédigé une nouvelle constitution, le processus a été suspendu pendant plusieurs mois, parce qu'une partie voulait placer à la tête de la commission constitutionnelle une personne en qui l'autre partie n'avait pas confiance ; il n'a été possible d'avancer que lorsqu'elles se sont accordées sur la désignation d'un dignitaire étranger pour faire office de président. De même, dans une situation comme celle du Sri Lanka avant que l'État ne déclenche une guerre totale contre les Tigres de libération de l'Îlam Tamoul, ou lors des négociations entre les deux parties au Soudan, l'intervention des conseillers étrangers (aux niveaux politique et technique) semblait inévitable. Depuis les violences liées aux élections de 2008 au Kenya, la plupart des commissions créées dans le cadre de nouveaux processus visant à lever l'impasse sur les questions constitutionnelles et politiques, comptent des membres étrangers pour des besoins d'objectivité et d'impartialité.

Si les experts sont parfois nécessaires, il est généralement plus important pour eux que pour la plupart des autres catégories de conseillers étrangers (voir partie 2.3.6), de bien connaître l'histoire et la situation actuelle du pays. Ceux qui ne sont pas familiers avec les réalités locales peuvent avoir tendance à se fonder sur ce qui a réussi dans d'autres pays, en perdant de vue dans ce cas certains facteurs locaux essentiels. En réalité, il y a peu de chances de trouver des solutions applicables de façon universelle, et en règle générale, les experts locaux comprennent toujours mieux la situation sur place ainsi que toutes ses nuances. Les experts d'origine de pays en voie de développement sont souvent mieux informés des situations sociales et politiques mais n'ont pas les faveurs des agences internationales, et encore moins des États occidentaux.

Conseils pratiques

Les experts ont un rôle important à jouer dans l'élaboration et les processus de mise en œuvre des constitutions. Avec des processus de plus en plus participatifs, il importe de définir ce rôle de manière précise, ainsi que les modalités de leur contribution et participation. Le rôle du généraliste (souvent un juriste) en tant que personne chargée d'intégrer différents éléments et d'assurer la cohérence de la constitution, doit être reconnu.

Avec la prolifération des « experts » et de leurs parrains dans certains processus, il est évident que le contrôle et la coordination s'avèrent nécessaires, quoique difficiles au demeurant. Cette propension des États et des organisations internationales à fournir des experts (et à vanter leurs modèles comme la solution aux problèmes d'autres pays) a souvent des conséquences peu souhaitables. Pour tirer le meilleur parti de la collaboration des étrangers, les suggestions faites à la partie 2.3.6 relative aux conseillers étrangers de manière générale, doivent être appliquées rigoureusement ; ils doivent justifier d'une bonne connaissance du contexte local, ou être tenus de suivre des cours ou se voir prescrire de la lecture sur l'histoire sociale, politique et institutionnelle, ainsi que sur la démographie et l'économie du pays (voir la partie 4 sur le rôle de la communauté internationale).

3.4.2 Organismes électoraux

Les élections sont gérées par divers organes, parfois par un ministère, et de plus en plus par des entités distinctes. Celles qui sont conçues pour être indépendantes de l'État et des partis (un peu comme les tribunaux), et ce que l'on peut appeler les commissions « équilibrées », au sein desquelles chaque grand parti désigne des représentants.

Généralement, le même organe a la responsabilité d'organiser des référendums ; d'ailleurs, il existe des « commissions des élections et référendums ». En Irlande, il n'y a pas de commission électorale, et une commission distincte est nommée à chaque fois qu'un référendum est organisé. Dans certains pays – en général dans la tradition de droit civil – les tribunaux ont également des responsabilités dans les élections, entre autres, la validation des résultats.

Un organe de gestion d'élections peut être associé à un processus d'élaboration de constitution :

- Lorsqu'une élection doit être organisée pour un parlement ayant la responsabilité d'élaborer une nouvelle constitution ou pour une assemblée constituante ayant comme tâche unique d'élaborer une constitution ;
- Pour conduire un référendum sur l'adoption d'une constitution dans son ensemble ou sur un ou plusieurs points plus précis.

S'il est « équilibré » et soucieux de l'équité envers toutes les parties, il pourrait ne pas être l'organe approprié pour exercer ces fonctions, surtout si la conduite des élections pour l'assemblée constitutionnelle ne doit pas obéir aux consignes habituelles de discipline des partis.

Questions liées aux élections

Le premier processus s'apparente au travail ordinaire d'un organisme électoral. Toutefois :

- Le calendrier peut s'avérer différent de celui qui s'applique à des élections normales ;
- Le système électoral peut être différent ;
- Les électeurs ayant droit de vote peuvent se révéler différents pour une assemblée spécifiquement constitutionnelle (par exemple, même si les citoyens de l'extérieur n'ont généralement pas le droit de vote, la diaspora elle, peut avoir le droit de voter ; au Kenya [2010], les détenus avaient droit de vote) ; et
- L'éducation civique sur le vote pour un organe constituant peut présenter certaines difficultés.

Encadré 41. Élection en vue d'établir une assemblée constituante

En 2008, le Népal a élu son assemblée constituante afin qu'elle élabore une nouvelle constitution et devienne l'organe législatif national. La commission électorale s'est heurtée aux difficultés suivantes, entre autres :

- Le fait que la commission soit nouvelle, l'ancienne ayant été dissoute car jugée composée de partisans de l'ancien régime discrédité ;

- La nécessité d'enregistrer de nouveaux électeurs ;
- La nécessité de mettre en place un nouveau système électoral (avec non seulement 240 circonscriptions d'un seul membre chacune, mais aussi 355 membres à élire à partir des listes des partis) ;
- Les manœuvres politiques, qui se sont soldées par au moins trois changements dans les modalités du système (y compris le nombre de sièges) ;
- La nécessité d'informer les électeurs pour qu'ils comprennent qu'il s'agissait d'élaborer une constitution (et que cela pouvait conduire à la formation d'un gouvernement).

Les élections ont été reportées par deux fois, dont une parce que la commission ne se sentait pas prête. Lorsque l'élection fut tenue, il fallait imprimer un grand nombre de bulletins de vote en un court laps de temps (environ quarante millions de bulletins ont été imprimés). Dans la mesure où cette élection s'inscrivait dans le cadre d'un processus de paix suivi au plan international, elle suscitait beaucoup d'intérêt de la part de la communauté internationale et de toutes sortes de conseillers étrangers.

Du fait de l'importance historique des processus d'élaboration de constitutions, un organisme électoral pourrait bénéficier d'une assistance (ou plutôt se voir imposer) une plus grande assistance qu'une élection ordinaire.

Questions liées au référendum

Certains pays n'ont organisé des référendums que pour de nouvelles constitutions. Dans une certaine mesure, il peut s'avérer plus simple d'organiser un référendum qu'une élection : l'ensemble du pays peut constituer une seule et unique circonscription électorale, et le bulletin de vote peut être simple. De plus, le type d'acteurs engagés dans la campagne peuvent être tout-à-fait différents de ceux qui prendraient part à une campagne électorale. Les partis ne sont pas nécessairement organisés pour mener une campagne référendaire, et même s'ils le sont, il peut y avoir beaucoup d'autres groupes souhaitant ou autorisés à faire campagne, et qui ne l'auraient pas fait en situation d'élection ; en témoigne la campagne référendaire au Kenya [2005].

Il existe certainement une loi distincte régissant l'administration des référendums. La conduite d'un référendum peut s'avérer très différente de celle d'une élection. Au lieu de demander à l'électorat de choisir entre des individus et des partis, il lui est demandé de choisir entre deux ou plusieurs idées – qu'il maîtrise mal pour la plupart.

Les questions relatives à la formulation des questions sont traitées dans une autre partie de ce manuel (voir la partie 3.5). Ceci, il convient de le noter, relève parfois de l'organe chargé de gérer les élections et parfois d'autres organes.

3.4.3 Ministères et institutions publiques

Sont abordées dans cette section, les autorités étatiques (ministres, ministères et institutions) qui souvent jouent un rôle spécialisé, technique, de coordination et d'appui dans les processus d'élaboration constitutionnelle, un rôle qui peut s'avérer très vaste. Il peut s'agir de prendre les mesures juridiques et administratives requises pour créer un organe constituant, d'octroyer et de gérer des financements dans le cadre du processus, d'organiser certains volets du processus tels que l'éducation civique ou la participation publique, l'organisation du transport et des réunions de l'organe constituant dans le cadre de la consultation publique, d'assurer la sécurité, de donner des conseils juridiques ou d'assurer l'appui législatif à la rédaction, de formuler et d'introduire au parlement des lois visant à mettre en œuvre la constitution. Ces fonctions peuvent être essentielles aux processus d'élaboration de constitutions ; généralement, elles n'appellent pas une participation citoyenne directe à la prise des décisions relatives à la constitution. Toutefois, elles peuvent favoriser des tentatives d'influence qui parfois occasionnent des tensions et des conflits avec les organes constituants. Mieux, les autorités étatiques participent parfois directement aux processus, par une représentation *ex officio* dans ces organes, par exemple.

Encadré 42. Oranges et bananes – Kenya [2005]

Les Kenyans étaient appelés à voter pour ou contre l'adoption d'un projet de constitution. Les principaux groupes en campagne n'étaient ni les partis politiques, ni les organisations de la société civile. La commission électorale devait donc assigner un symbole au « Oui » et un autre au « Non », de la même manière qu'elle l'aurait fait pour des partis ou des candidats à une élection. Elle assigna donc au « Oui » le symbole de la Banane et au « Non » celui de l'Orange. Rien ne permet d'affirmer que ce choix n'était pas fortuit, mais l'orange s'avéra plus facile à utiliser comme symbole que la banane, même si tous les deux sont des fruits locaux. En fait, l'orange (symbole du groupe qui a remporté le référendum) inspira le nom d'une toute nouvelle alliance politique.

En vérité, les enjeux de la campagne tenaient moins de la constitution que de la performance du gouvernement et en définitive de questions de loyauté ethnique.

Les autorités étatiques et leurs fonctions

Il existe de grandes différences dans les processus d'élaboration de constitutions, notamment en ce qui concerne l'importance des rôles spécialisés, techniques, de coordination et d'appui que jouent les autorités étatiques. Dans certains processus, ces rôles sont minimes, voire nuls, comme lorsque des acteurs internationaux remplacent lesdites autorités dans ces fonctions.

Encadré 43. Ministres des affaires constitutionnelles

Les lois instituant la commission constitutionnelle et l'assemblée constituante (les deux principaux organes consultatifs et de prise de décisions dans ce processus) de l'Ouganda avaient prévu des rôles clés pour un ministre des affaires constitutionnelles appuyé par un département de la fonction publique (le Ministère des affaires constitutionnelles). Le Ministre et son département ont été institués en 1986 et ont formulé en grande partie la politique et la législation établissant la commission constitutionnelle et plus tard l'assemblée constituante. Les statuts de la commission constitutionnelle de 1988 confèrent alors au ministre un certain nombre de fonctions importantes par rapport à la commission, entre autres, le choix, la désignation et la nomination des 21 membres de la commission, la décision de lui faire soumettre ou pas des rapports d'étape, la prorogation du délai dans lequel la commission devait achever ses travaux, l'approbation du recrutement de consultants ou d'experts par la commission, et la fixation (en consultation avec le Ministre des finances) des indemnités à verser aux membres et au personnel de la commission. Il n'y avait qu'une seule mention dans les statuts du Ministère des affaires constitutionnelles : une disposition aux termes de laquelle les fonds de la commission sont « administrés et gérés par l'Agent comptable du Ministère des Affaires Constitutionnelles ». Les statuts de l'assemblée constituante de 1993 attribuaient également des fonctions importantes au ministre. Ils établissaient en outre une commission de l'assemblée constituante chargée non seulement de conduire l'élection des 288 membres à l'assemblée, mais aussi de convoquer ses premières réunions, de lui assurer un soutien administratif, et (au besoin) de mener un référendum conformément aux statuts pour trancher toute question litigieuse que l'assemblée ne serait pas en mesure de résoudre. Aucune disposition dans les deux statuts ne garantissait l'indépendance des organes constituants. De fortes tensions naquirent entre la commission constitutionnelle, le ministre et son ministère, qui dans une certaine mesure ont révélé que la création de la commission constitutionnelle contribuait à saper la stature publique du ministre. D'autres tensions sont apparues par rapport au temps excessif que, selon le ministre, la commission prenait pour faire son travail, et aux préoccupations nourries par cette dernière quant au contrôle exercé par le Ministre sur le financement du travail de la commission, et qui finissait par avoir des répercussions négatives sur ce travail.

En Albanie [1998], des autorités spéciales ont également été créées pour à la fois coordonner et appuyer le processus d'élaboration constitutionnelle. Une commission constitutionnelle parlementaire fut établie en tant qu'organe principal d'élaboration constitutionnelle, de même qu'un ministère de la réforme institutionnelle et des relations avec le parlement pour épauler la commission, en organisant le processus consultatif d'élaboration constitutionnelle prévu par le parlement. Faute de ressources financières entre autres, le ministre concerné a dû collaborer avec plusieurs

donateurs pour mettre en place une institution indépendante (le Centre administratif de coordination de l'assistance et de la participation citoyenne). Le rôle de cette institution était d'assurer la liaison entre les Albanais et les acteurs internationaux, en vue de faciliter une participation aussi large que possible des citoyens et des ONG au processus. Ce faisant, elle travaillait en étroite collaboration avec la commission constitutionnelle et le ministère.

Il s'agissait là de mesures ponctuelles ne faisant l'objet d'aucune disposition statutaire. Les dispositions de l'Ouganda sont inhabituelles au vu des détails figurant dans la disposition statutaire sur les attributions des autorités d'appui et de ces attributions au point de permettre au ministre et à ses départements de contrôler le processus. Il est plus habituel de voir des ministres et des ministères déjà placés tels que le ministre et le ministère de la justice assurer les fonctions d'appui. Ces attributions donnent rarement autant de contrôle sur un processus, que celui dévolu au ministre ougandais des affaires constitutionnelles.

Entre autres difficultés liées aux dispositifs conférant aux autorités étatiques des fonctions clés dans la création des organes constituants, citons le fait que ces organes finissent par être au-devant de la scène. Le ministre et le ministère autrefois importants, se retrouvent relégués à l'arrière-plan, avec très peu à faire. Ceci peut susciter des tensions entre un ministre et un ministère d'appui d'une part, et l'organe constituant d'autre part. Si le ministre conserve des pouvoirs de contrôle importants sur les rédacteurs de la constitution (comme en Ouganda), alors il peut y avoir des conflits sur les calendriers, les orientations du travail de l'organe constituant, et le contrôle des fonds et autres ressources. Lorsque surgissent des divergences sur des questions constitutionnelles de fond, il peut y avoir des tentatives d'ingérence dans le fonctionnement de l'organe constituant. Dans certains processus d'élaboration de constitutions, des dispositions relatives à l'indépendance de cet organe sont prévues dans les statuts ou autres textes qui les établissent. Dans une certaine mesure, ces dispositions visent à réduire les problèmes d'ingérence des ministres et autres autorités étatiques.

C'est le cas, par exemple, dans les situations où les acteurs internationaux remplacent lesdites autorités dans ces fonctions. Ce fut le cas en Afghanistan, au Cambodge, en Irak, en Somalie et au Timor-Leste, où des conflits précédant le processus d'élaboration de la constitution ont détruit en grande partie les institutions étatiques. Il existe également des situations postérieures au conflit où, bien que les institutions étatiques soient en place, pour une raison ou une autre, le soutien de la communauté internationale au processus d'élaboration de la constitution va jusqu'à fournir l'ensemble ou une bonne partie de l'appui nécessaire au processus, comme en Namibie.

Dans le cas plus fréquent où les autorités étatiques – aussi bien politiques (ministres) qu'administratives (départements des services publics) ont des rôles spécialisés techniques

ou de soutien, ces autorités et les rôles qu'elles jouent peuvent être classés en différentes catégories. La partie ci-après les distingue en trois grandes catégories.

Autorités essentiellement créées pour appuyer le processus d'élaboration de constitution

Dans certains processus, des autorités spéciales sont créées pour assurer une fonction donnée dans l'établissement et la coordination des activités des organes constituants, ainsi que le soutien qui leur est apporté. Il peut s'agir d'autorités politiques ou administratives, dont les responsabilités peuvent aller jusqu'à la réglementation et le contrôle du travail de ces organes. En témoignent les lois portant sur la création des principales institutions chargées de l'élaboration de la constitution en Ouganda, lors du processus de 1988 à 1995.

Autorités auxquelles sont assignées des fonctions supplémentaires en appui au processus

Dans des processus où de nouvelles institutions spécialisées chargées d'élaborer la constitution sont requises, il n'est pas rare que des autorités comme des ministres en fonction et des ministères se voient attribuer des fonctions semblables à celles dévolues au Ministre ougandais des affaires constitutionnelles, dans la création de ces institutions. Au Kenya, par exemple, c'est au procureur général qu'il a été demandé de soumettre au Président des noms de personnes pressenties pour la Commission de révision de la constitution du Kenya.

Au-delà de leur participation à la création d'institutions, les ministres et ministères assurent plusieurs autres fonctions spécialisées, techniques et d'appui. Les services de police et autres institutions peuvent assurer la sécurité du processus, tandis que le Ministère des finances fournit les fonds et gère les comptes. Le Ministère de l'information et les administrations dans les districts et les provinces peuvent s'occuper de l'éducation civique et probablement aussi de l'organisation des réunions de consultation publique pour recueillir les points de vue des populations. Le Ministère de la justice aide l'institution chargée d'élaborer la constitution à préparer les rédacteurs, et peut aussi intervenir dans l'analyse des opinions. Le service logistique de l'État met généralement à disposition les rédacteurs juridiques qui préparent le projet de constitution conformément aux instructions de l'organe chargé de son élaboration. De manière plus générale, la commission de la fonction publique veille à doter ce dernier du personnel requis pour s'acquitter de sa tâche.

Parfois, ces rôles sont l'objet des dispositions contenues dans la législation ou le document portant création de l'institution chargée de l'élaboration de la constitution. Par exemple, il est fréquent de trouver dans les statuts des commissions constitutionnelles ou des assemblées constituantes des dispositions stipulant que les commissions chargées des services publics fournissent le personnel nécessaire. Mais souvent le soutien et les autres tâches sont assurées parce que l'on estime qu'elles font partie des attributions générales de l'autorité dont l'appui est requis.

La plupart, voire l'ensemble de ces fonctions peuvent être très importantes pour le processus d'élaboration de constitution, avec des institutions spécialisées qui ont rarement, sinon jamais, toutes les ressources nécessaires pour fonctionner indépendamment des institutions étatiques. Il est presque toujours nécessaire de coopérer étroitement avec d'autres autorités, politiques ou administratives. En revanche, le besoin d'aide donne à penser que des autorités extérieures peuvent bloquer, s'immiscer dans le processus ou le politiser. Certes, les dispositions garantissant l'indépendance de l'organe constituant sont utiles, mais elles ne permettent pas de venir à bout de toutes les potentielles difficultés.

Autorités extérieures susceptibles d'influencer ou de participer directement au processus

Nombreuses sont les situations où des autorités extérieures peuvent influencer ou participer directement au processus d'élaboration de la constitution. Le contrôle par l'État des nominations aux organes qui ont cette charge en est un exemple. Dans certains contextes, il est admis que la composition de l'organe constituant obéisse à des considérations politiques ; c'est le cas des commissions parlementaires (dont la composition reflète souvent le nombre de sièges détenu par les blocs politiques), des conférences constitutionnelles, des tables rondes et des processus de paix. Toutefois, lorsque les organismes constituants font valoir leur expertise, leur neutralité ou représentativité (large et non politique), les processus de nomination contrôlés par les autorités étatiques peuvent présenter des risques. Dans les situations postérieures au conflit fortement politisées, les processus de nomination des membres des commissions constitutionnelles ou de catégories particulières de membres d'une assemblée constituante, peuvent être très influencés par des facteurs politiques, et de ce fait, la crédibilité et souvent la capacité de l'organe constituant peuvent en pâtir.

S'agissant de la participation directe, il arrive que des institutions publiques clés soient représentées d'office dans une commission constitutionnelle. Au Kenya, le procureur général était membre d'office de la Commission de révision de la constitution du Kenya et du comité des experts constitué ultérieurement (voir annexe A.7). La commission constitutionnelle ougandaise forte de 21 membres comptait deux membres d'office, dont un officier supérieur de l'armée et un haut responsable du secrétariat du parti au pouvoir. De même, certaines assemblées constituantes comptaient des membres nommés pour représenter les autorités étatiques. Sur les 284 membres de l'assemblée constituante de l'Ouganda, 10 représentaient l'armée et 10 étaient « nommés par le président sur avis du conseil des ministres ». Mieux, le président et le vice-président devaient être élus à partir d'une liste de 5 noms proposée par le président.

Les risques les plus évidents de la représentation directe d'intérêts étatiques dans les organes constituants tiennent à la volonté de protéger les intérêts politiques du gouvernement de manière générale, ou ceux de certains de ses démembrements (les intérêts de l'armée ou du ministère de la justice, lorsqu'un officier supérieur ou le procureur général est membre d'office).

Il y a également participation directe lorsque les autorités étatiques présentent des observations aux organes constituants. Ceci peut s'avérer dangereux lorsque l'autorité qui fait la présentation est particulièrement influente. Par contre, lorsque la présentation d'observations est partout encouragée, l'on comprend que les autorités étatiques utilisent ce moyen pour influencer le processus.

Relations entre organes constituants et les autres autorités

À la lumière de la discussion sur les fonctions qu'assurent les autorités étatiques, il est évident que l'ingérence de ces dernières dans le travail des organes constituants représente le principal problème potentiel. Ce péril se pose à des degrés divers, sous l'influence de plusieurs facteurs.

Comme précédemment souligné, dans certains processus d'élaboration de constitutions, des influences politiques ouvertes peuvent être anticipées (processus parlementaires, conférences constitutionnelles et tables rondes). Il peut y avoir une ingérence politique moins ouverte dans les commissions constitutionnelles et les assemblées constituantes, mais les processus de désignation et de nomination des membres peuvent conduire à l'exercice de cette influence. Celle-ci dépend largement du degré d'unité, de structuration et d'organisation des composantes politique et bureaucratique de l'État. Lorsque ce dernier est dominé par un parti politique bien organisé et structuré, avec une position idéologique claire, il se peut fort bien qu'il cherche à influencer le processus d'élaboration de constitution pour réaliser ses ambitions. Par contre, lorsque l'idéologie de ce parti encourage la démocratisation, la résolution des conflits et la consolidation de la paix, il peut y avoir moins de pression pour interférer. À l'opposé, lorsqu'un pays compte de nombreux partis politiques dominés par les priorités limitées de leurs dirigeants ou une base ethnique toute aussi limitée, de multiples motivations peuvent pousser à influencer la nomination des rédacteurs de constitution et leur prise de décision.

Les suggestions pratiques suivantes sur les voies et moyens de créer des organes constituants tout en réduisant les problèmes dans leurs relations avec les autres autorités étatiques, sont particulièrement pertinentes pour des organismes censés être neutres, largement représentatifs ou spécialisés :

- Lorsqu'existent des dispositions relatives à la nomination des membres, les documents juridiques portant création des organismes doivent éviter les processus de nomination fondés sur les motivations politiques et s'efforcer de mettre en place des processus neutres ou bipartites ;
- Les statuts et autres documents portant création des organes constituants doivent prévoir l'indépendance de ces derniers vis-à-vis de tout contrôle ou orientations politiques ; ils doivent prévoir dans les codes de conduite l'indépendance des membres de ces organes ;
- Autant que possible, les organes constituants doivent prendre eux-mêmes en charge la gestion de leurs ressources, de manière à réduire leur dépendance vis-à-vis de l'appui d'autres autorités étatiques ;

- De manière générale, les statuts et autres documents portant création des organes doivent éviter de conférer aux ministres et autres autorités étatiques extérieures, un contrôle juridique sur les ressources et les programmes de travail des organes constituants ;
- Lorsque les acteurs de la communauté internationale octroient des fonds et d'autres formes d'appui au processus d'élaboration constitutionnelle, ils doivent le faire de manière à encourager et à soutenir l'indépendance de l'organe constituant.

3.4.4 Cours et tribunaux

Les tribunaux aussi peuvent revêtir une certaine importance dans l'élaboration de la constitution. Parfois, leur rôle est défini et même requis dans le processus ; parfois ce rôle est une éventualité anticipée et parfois ils assurent une fonction totalement imprévue. Il est fort probable qu'une constitution infranationale soit contestée. Il ne s'agit pas d'une loi suprême, mais elle doit être compatible avec la constitution nationale – et parfois les constitutions nationales le précisent expressément.

Tribunaux assumant une fonction à part entière dans l'élaboration de constitution

Parfois, le processus de constitution ne peut être parachevé sans une quelconque intervention des tribunaux. Leur rôle dans la certification de la conformité du processus avec certains principes liés au contenu et possiblement aux exigences en matière de procédure, a été évoqué à la partie 2.1.8.

Dans certains pays, les tribunaux jouent un rôle dans les élections ; ils font parfois office d'organes électoraux, ou exercent la fonction de certification de la conformité avec la loi. Ce rôle peut comprendre la validation des résultats d'un référendum constitutionnel, comme au Burundi [2005]. Ces rôles dévolus aux tribunaux sont plus courants dans la tradition de droit civil.

Tribunaux ayant compétence pour bloquer les modifications

Il est plus probable que les tribunaux soient sollicités pour déclarer qu'une modification constitutionnelle est inappropriée que pour approuver une modification. Il est également plus probable que des modifications constitutionnelles soient contestées sur la base de vices de procédure, que de nullité de leur substance.

Une constitution ou un accord de paix peut spécifier certains principes sur le contenu de la nouvelle constitution sans qu'il soit nécessaire de demander à un tribunal ou à tout autre organe de certifier que les exigences aient été satisfaites. La seule manière d'utiliser une telle disposition serait de contester le document devant les tribunaux. Un certain nombre de cas ont ainsi été portés devant la cour constitutionnelle allemande, notamment celui qui arguait que tout amendement visant à entériner la création du parlement européen serait anticonstitutionnel. En effet, plusieurs constitutions stipulent que certaines parties ne

peuvent faire l'objet d'aucun amendement – et c'est sur cette base que l'on peut contester tout amendement. La Cour constitutionnelle turque a décidé que tout amendement visant à déclarer que le droit des individus à l'enseignement supérieur ne pouvait être limité « du fait de leur habillement » fut frappé de nullité car il violait la disposition immuable sur la laïcité. C'était dans un contexte où l'intention était de permettre aux femmes portant le « voile islamique » d'aller à l'université.

La constitution provisoire sud-africaine stipulait qu'un cinquième des membres de l'assemblée constitutionnelle pouvait soumettre tout projet de disposition à la Cour constitutionnelle pour décision sur sa conformité ou non avec les 34 principes, au lieu d'attendre que le projet de constitution soit fin prêt. Aucune contestation n'a été faite à ce sujet.

Il n'existe aucune limite aux amendements dans la constitution de l'Inde, mais la Cour Suprême a créé le principe de structure de base de la constitution, selon lequel certains aspects ne peuvent être modifiés. Elle a précisé ces aspects dans des cas ultérieurs, mais n'a encore jamais déclaré une modification sans effet. Dans d'autres pays, les tribunaux ont adopté une approche similaire, comme au Bangladesh, et dans un cas en Sierra Leone.

Tribunaux et référendums

Beaucoup de constitutions permettent aux tribunaux de bloquer une modification constitutionnelle, parce qu'elles peuvent ou doivent se prononcer sur la constitutionnalité d'un référendum. Ceci vaut pour les constitutions turque et albanaise. En Albanie, le tribunal doit contrôler la constitutionnalité des questions soumises à référendum dans les 60 jours, même si elles portent sur des dispositions constitutionnelles immuables.

En 1992, la Cour constitutionnelle russe a déclaré inconstitutionnel un référendum prévu au Tatarstan (une des républiques russes), parce qu'elle considérait le Tatarstan souverain et soumis au droit international. Les Tatars ignorèrent la Cour et tinrent leur référendum, mais renégocièrent plus tard leurs relations avec la Russie.

Fonctions particulières liées à la mise en œuvre

Outre le rôle lié à la mise en œuvre de la constitution qu'ils jouent dans nombre de systèmes juridiques – en se prononçant sur les violations des droits et la constitutionnalité des lois et des actes des autorités – les tribunaux se sont vus conférer des rôles plus spécifiques par les constitutions. Dans des pays où beaucoup de lois sont élaborées par les juges (essentiellement les pays de tradition anglo-saxonne de *common law*, les tribunaux peuvent être enjoins de formuler la loi de manière à servir les objectifs constitutionnels (la constitution sud-africaine en est un exemple). La constitution du Kenya [2010] prévoit également la possibilité pour le président de la Cour suprême de notifier au président que des lois n'ont pas été édictées conformément aux dispositions relatives à leur mise en œuvre, que le parlement doit être dissout et que de nouvelles élections pour un nouveau parlement doivent être tenues ; dans ce cas, ce président n'aura d'autre choix que de dissoudre le parlement.

Problèmes

Les risques de voir les contestations en justice bloquer l'élaboration de la constitution sont considérables lorsque le processus est controversé et les litiges politiques sont fréquents. Au Népal, des contestations devant les tribunaux ont été soulevées contre la constitution provisoire. Au Kenya, ces contestations ont été nombreuses – certaines à l'évidence politiquement motivées et visant à saboter le processus. Ce n'est pas toujours vrai cependant : il est arrivé dans un cas que le tribunal statue que les détenus avaient droit de vote pour le référendum constitutionnel.

Les contestations sur le fond posent d'autres problèmes. Les tribunaux peuvent, à raison, se considérer comme les garants de la constitution. Mais certaines constitutions ne sont pas l'expression de la volonté du peuple et cela pose le risque que les tribunaux empêchent de refléter cette volonté dans une nouvelle constitution.

Dans un pays qui a besoin d'une révision constitutionnelle générale, il se peut que les tribunaux ne soient pas totalement indépendants – de l'État, de la classe politique ou des entreprises. Quand bien même ils le seraient, contrairement à l'évaluation du processus, se prononcer sur le contenu de l'élaboration de la constitution peut nécessiter des compétences que les tribunaux n'ont pas car ils sont peu sollicités sur des questions afférentes au constitutionalisme.

Dans la plupart des pays, on peut constater un certain « activisme judiciaire » d'une part et une « retenue judiciaire » excessive d'autre part, les deux pouvant être politiquement motivés.

La décision sur le « voile islamique » en Turquie, considérée comme une violation des droits humains et surtout ceux des femmes, a été amplement critiquée. En effet, elle adopte une vision très globale des implications de la laïcité et est probablement inconstitutionnelle parce qu'elle porte sur la substance de la modification, alors que selon la constitution, les modifications constitutionnelles ne peuvent être contestées que pour des vices de procédure bien précis. La Cour constitutionnelle maintient cette approche activiste et demande à l'État de changer certaines des modifications constitutionnelles intervenues en 2010 – celles relatives aux nominations à la Cour elle-même et à un autre organe chargé de nommer les hauts magistrats.

En 2007, la Cour constitutionnelle du Kirghizistan a déclaré inconstitutionnelles plusieurs modifications constitutionnelles rapidement introduites pour satisfaire la demande populaire. Lorsque le dictateur Bakiyev a été finalement renversé en 2010, le gouvernement de transition a, dans le cadre d'une nouvelle constitution, simplement supprimé la Cour constitutionnelle, en réaction à l'activisme dont elle avait fait preuve auparavant.

En Albanie, par contre, lorsque la Cour constitutionnelle a « débouté la plainte de l'opposition » relative au référendum et n'a pas fait usage de ses prérogatives pour s'en saisir d'office, on se doute bien qu'il s'agissait d'une décision politique (certains juges ont d'ailleurs démissionné en guise de protestation). La retenue peut traduire une certaine division au sein de la Cour – ou une véritable réticence à s'impliquer dans les affaires politiques.

Même les discussions sur le rôle des tribunaux sont souvent très politisées. Il est évident que le fait de leur permettre de s'ingérer dans l'élaboration de la constitution suscite des controverses, même s'ils sont jugés politiquement neutres. Cela porte atteinte à l'acte le plus fondamental de la souveraineté du peuple : définir la manière dont il entend être gouverné.

Tribunaux spéciaux

La crainte de contestations devant les tribunaux a conduit les concepteurs de certains processus à créer des cours et tribunaux spéciaux. La cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud a été conçue de manière à introduire un nouveau style de jugement ; elle n'a pas été uniquement établie pour les besoins du processus. Au Népal, la constitution provisoire prévoyait un tribunal spécial uniquement pour juger les affaires relatives aux élections à l'assemblée constituante. Au Kenya [2010], un tribunal spécial où siégeaient des juges kenyans et étrangers a été créé pour les affaires liées au processus. Ceci s'explique en partie car l'on s'attendait probablement à ce que la nouvelle constitution prévoie une disposition sur la révocation ou au moins l'investigation des juges dont la compétence et l'indépendance ont été critiquées.

Conseils pratiques

Ci-après, quelques points à garder à l'esprit pour définir les fonctions des tribunaux dans l'élaboration de la constitution :

- Lorsqu'une fonction précise, comme la validation, doit être dévolue aux tribunaux, il importe d'en connaître les raisons et la finalité ;
- Peut-on faire confiance à ces tribunaux ? Leurs décisions jouissent-elles d'une grande légitimité ? ;
- Si un tribunal spécial est créé il peut s'avérer nécessaire d'amender la constitution pour légitimer le fait d'avoir retiré une compétence aux tribunaux ordinaires ;
- Des délais stricts doivent être imposés pour empêcher que des litiges ne bloquent indéfiniment le processus ;
- On ne doit pas attendre des tribunaux qu'ils clarifient la pensée nébuleuse des concepteurs sur l'orientation du processus ;
- Les tribunaux eux-mêmes doivent être disposés à reconnaître les limites de leurs prérogatives et de leurs compétences, à agir avec retenue, et à ne pas aller à l'encontre de la volonté du peuple, sauf si cette dernière viole clairement les droits humains.

Dernier point : toute disposition dans une constitution stipulant que « la présente constitution ne puisse pas être contestée devant un tribunal », contient une contradiction, en effet si c'est une contestation de la validité juridique de la constitution, alors c'est également une contestation de la disposition de « non contestation ». Un tribunal peut décider, à raison, que cette disposition soit sans effet.

3.5 Référendums et plébiscites

3.5.1 Adoption et ratification de la constitution

Le référendum constitutionnel n'est qu'une forme de référendum parmi d'autres ; en effet, il existe des référendums sur la sécession ou la fusion avec un État, sur la législation, les traités et les politiques. Nous parlerons ici des référendums constitutionnels portant sur des changements fondamentaux à une constitution, ou l'adoption d'une nouvelle constitution.

Les institutions et les règles régissant la prise des décisions constituent deux éléments importants dans la conception du processus d'élaboration de constitution. Souvent, le choix est dicté par des traditions politiques et juridiques. Toutefois, il est évident que l'approche sera différente, selon qu'il s'agit d'un État unitaire ou d'un État fédéral ; la constitution d'une fédération a une portée dépassant le gouvernement fédéral et nécessite des institutions et des règles complexes pour le vote. Dans de nombreux cas, l'organe délibérant qui a préparé le projet, généralement le parlement ou l'assemblée constituante, est également celui qui l'adopte et le ratifie. En Grande-Bretagne et dans certaines de ses anciennes colonies où prédomine la notion de souveraineté parlementaire, les questions institutionnelles sont laissées au parlement. Dans les systèmes de droit civil, la préférence est donnée au référendum (bien qu'il existe beaucoup d'exemples de parlements qui prennent la décision finale), et dans les États sous tutelle internationale, il y aura probablement une assemblée constituante ou un référendum (comme en Irak [2006], sauf si des élections générales récentes de l'organe constituant se sont tenues (comme au Cambodge et en Namibie).

Cette partie se penche sur la nécessité et l'opportunité d'un référendum pour l'adoption de la constitution. Les règles régissant la prise de décision et définies par les commissions constitutionnelles, les parlements et les assemblées constituantes, ont déjà été examinées et commentées dans d'autres parties. Il est de règle que le référendum ratifie une décision prise par un autre organe, souvent politique, le parlement ou l'assemblée constituante (le processus somalien, pour lequel le projet de constitution doit être soumis directement au peuple par la commission constitutionnelle conformément à la Charte de transition de la Somalie, est une exception – bien que cela ne paraisse pas faisable dans le contexte actuel). En principe, il est souhaitable que le projet de constitution soit examiné et approuvé par un organe délibérant avant le référendum, puisque celui-ci en principe ne constitue pas vraiment une bonne occasion de solliciter des avis sur les questions constitutionnelles ou de tenir compte des différents points de vue. En effet, dans un référendum, le seul choix, c'est le « Oui » ou le « Non », et pas de réponse nuancée.

Utilisation du référendum

Il est possible d'utiliser le référendum pour venir à bout d'une controverse sur la conception du processus ou sur une question importante. En Amérique latine, on a eu recours au référendum pour demander aux citoyens s'ils préféreraient qu'une assemblée constituante

rédige la constitution ou reçoive un mandat pour des négociations sur un nouvel ordre constitutionnel (comme pour le référendum de la communauté blanche en Afrique du Sud), sur le mandat de l'organe constituant (comme en France en 1957), ou pour la sécession et l'indépendance (comme à Saint-Christophe-et-Nièves en 1998, au Timor-Leste en 1999, à Bougainville, en Érythrée, au Monténégro, en Nouvelle-Calédonie et au Soudan du Sud en 2006 ; c'est également une possibilité pour le Canada par rapport au Québec à la suite d'une décision de la Cour Suprême du Canada sur cette question). Un référendum similaire sur l'indépendance a été organisé en 2005 au Kurdistan par les autorités régionales, afin d'obtenir un « Oui » massif renforçant sa position de négociation sur l'autonomie vis-à-vis du reste de l'Irak. Le cas qui illustre le mieux le rôle du référendum pour trancher une question litigieuse est celui de la décision du Majlis spécial (assemblée constituante) des Maldives, de suspendre ses travaux afin de soumettre le principal sujet de discord (le système de gouvernement) à l'avis du peuple. En Ouganda [1995] et au Kenya [2005], les processus avaient prévu des possibilités similaires, mais elles n'ont pas été retenues, soit pour mettre la pression sur l'organe constituant et l'amener à arriver à un consensus, soit du fait de la complexité des questions en jeu. En Ouganda, cependant, le référendum a été utilisé 5 ans après la constitution pour régler une question en suspens, à savoir le passage ou non au multipartisme. Dans de nombreux autres pays (Grèce, Italie et Rwanda avant l'indépendance) la décision d'abolir ou de conserver la monarchie a été adoptée par référendum.

Le référendum pour une nouvelle constitution ou des modifications de taille suscite une préoccupation majeure, ce pour deux raisons au moins. D'abord, pour les besoins d'élaboration de constitutions, il fait du peuple une institution clé dont l'approbation est nécessaire pour mettre en vigueur le projet. Ce rôle dévolu au peuple émane de la souveraineté dont il est investi et représente une manifestation de la composante fondamentale du principe d'autodétermination. Ensuite, pour certaines modifications constitutionnelles, la participation directe du peuple au référendum est considérée comme une condition nécessaire à leur validité. Les tribunaux en Inde et au Kenya ont statué que les modifications constitutionnelles fondamentales ne peuvent se faire par un processus d'amendement constitutionnel ordinaire, surtout lorsqu'elles sont entreprises par le parlement, à plus forte raison lorsqu'il s'agit de la constitution elle-même qui ne peut être remplacée grâce à ce processus d'amendement ordinaire. On pourrait remédier à ces lacunes si une assemblée était élue démocratiquement dans le but exprès d'amender certaines dispositions fondamentales ou d'introduire une nouvelle constitution. Dans ces conditions, le référendum crédibiliserait sans aucun doute une telle démarche.

Prévalence des référendums

Selon le Professeur Markku Suksi, éminente autorité en matière de référendum, entre 1998 et 2007, plus de la moitié des processus d'élaboration de constitutions se sont appuyés sur un référendum pour décider d'un nouveau texte constitutionnel. Mais au niveau des États (sans tenir compte des entités régionales et locales), de nouvelles constitutions ou des constitutions qui semblent résulter davantage d'un processus plus spécifique d'élaboration

que d'un processus de modification régulier, n'ont été décidées par voie référendaire que dans 14 cas (Albanie [1998], Soudan [1998], Venezuela [1999], Qatar [2003], Rwanda [2003], Chypre [2004], Burundi [2005], Irak [2005], Kenya [2005 ; 2010], République démocratique du Congo [2006], Serbie [2006], Kirghizistan [2007] et Thaïlande [2007]). Suksi estime également qu'au moins la moitié des constitutions dans le monde exigent un référendum pour tout amendement constitutionnel (Suksi, 2008).

Statuts des référendums

Les référendums peuvent être répartis en catégories et ce en fonction de leurs statuts. Un référendum peut s'avérer obligatoire, exigé par la constitution ou une autre loi. Dans ce cas, ses résultats sont généralement exécutoires. Il peut être consultatif, pour permettre au gouvernement ou au parlement de jauger l'opinion publique. Dans des pays comme la Grande-Bretagne où les référendums ne sont ni obligatoires ni contraignants, il peut toutefois exister une convention non écrite, aux termes de laquelle des modifications constitutionnelles importantes seront soumises à référendum, et dont les résultats seront respectés. Le référendum du Kenya [2005] avait probablement un caractère consultatif (en cas d'avis favorable, la modification constitutionnelle aurait requis l'approbation du parlement), mais le rejet a effectivement étouffé le processus d'élaboration de la constitution.

Certains pays ont des règles élaborées permettant de savoir qui peut appeler au référendum et quand ; le référendum peut avoir une influence positive ou négative sur la politique et peut certainement être utilisé de manière partisane pour saper les institutions et les processus politiques réguliers. Parfois, il est nécessaire d'obtenir l'approbation des tribunaux pour organiser un référendum (comme en Hongrie). Selon un tribunal du Zimbabwe, le président peut convoquer un référendum à tout moment (et soumettre un projet de constitution). Dans la mesure où seul le parlement a un pouvoir de modification constitutionnelle, le référendum ne peut être que consultatif (comme ce fut le cas au Zimbabwe, le projet a été rejeté et le président n'a fait aucune tentative de le soumettre ou en soumettre une version amendée au parlement). En ce qui concerne les modifications ou remplacements constitutionnels, les règles sont relativement claires et généralement contraignantes.

Règles relatives au vote

Comment les résultats du référendum sont-ils calculés ? Il n'y a pas de réponse unique à cette question essentielle. Dans la plupart des systèmes une majorité simple des votants suffit (mais en République du Congo, une majorité absolue des votants est requise, tandis qu'en Lituanie, pour certaines dispositions qui touchent au caractère de l'État, une majorité des trois quarts est exigée). Selon certaines lois, il faut un pourcentage minimum des votants et beaucoup de référendums ont été perdus, même si la majorité a voté « Oui », en raison du faible niveau de participation (l'Irlande et l'Italie font partie des pays qui requièrent un niveau de participation minimum). Dans un petit nombre de pays, notamment des fédérations, à part la majorité globale, il faut une bonne répartition du vote sur le territoire. Cette règle a été appliquée au Kenya [2010] où l'on a exigé en plus de la majorité des votants,

25 pour cent de suffrages favorables dans 5 provinces sur 8 du pays (les provinces kenyanes ont une dimension ethnique). Au référendum irakien de 2005, il fallait la majorité des suffrages exprimés sur toute l'étendue du territoire et qu'un maximum de 2 gouvernorats (sur 18) aient voté « Non » selon les votes d'au moins deux tiers des électeurs inscrits (ce chiffre a été choisi au lieu de l'exigence originale moins onéreuse des deux tiers des votants, ce changement conférant le droit de veto à des groupes certes petits mais compacts – une règle qui à l'origine visait à aider les Kurdes dans leurs négociations pour l'autonomie, mais qui a presque permis aux Sunnites de torpiller la constitution).

Débats sur les référendums

Le décor étant campé, la question est maintenant de savoir quel rôle devrait être réservé au référendum. Il convient de s'interroger sur l'importance de laisser le dernier mot au peuple sur les questions constitutionnelles, la place qu'occupe le référendum dans ce qui est souvent un processus long et complexe couvrant divers sujets, dont certains controversés, la nature et l'équité de la campagne et du processus de référendum, et son impact sur la vie politique et la construction de la nation. Le référendum concerne-t-il uniquement la constitution ou touche-t-il en réalité à d'autres questions ? Y a-t-il des circonstances dans lesquelles un référendum peut être particulièrement utile – et d'autres où il est inutile voire contre-productif ? Pour répondre à ces questions et à d'autres interrogations pertinentes, il y a lieu d'examiner les avantages et inconvénients généralement attachés au référendum.

Arguments en faveur du référendum

Souveraineté du peuple et démocratie, respect des normes internationales, autodétermination

Dans le préambule de la plupart des constitutions, il est stipulé « Nous le Peuple, nous dotons de cette constitution », ou une formule de ce type. La théorie moderne de la démocratie et les nouvelles normes internationales, comme l'autodétermination, proclament que la souveraineté d'une nation est dévolue au peuple. Dans la mesure où la constitution est la loi suprême, une manifestation de la souveraineté nationale, il est normal que le dernier mot revienne au peuple.

Participation du peuple

Le droit du peuple à participer au processus d'élaboration de la constitution est intimement lié au point ci-dessus (voir la partie 2.2.1). Traditionnellement, le référendum représentait toute l'étendue de la participation citoyenne, généralement une fois la constitution élaborée dans le plus grand secret par quelques individus appartenant à l'élite. Aujourd'hui, nul ne l'ignore, le peuple participe de plusieurs manières, mais il joue souvent un rôle négligeable dans la prise de décision – sauf en cas de référendum.

Contrôle des rédacteurs de la constitution

Le dernier mot est souvent un commentaire sur les résultats des actions menées précédemment ou leur évaluation. Si le processus a été participatif, le peuple a une chance durant le référendum de décider si son avis a été suffisamment pris en considération. Il y a plusieurs exemples de rejet de la constitution par le peuple : Albanie [1998], Zimbabwe [2000], Kenya [2005]. Il arrive que le rejet annihile les efforts déployés en vue de la réforme, mais il permet souvent d'avoir un meilleur processus, comme en Albanie et au Kenya (même après un laps de temps de quelques années).

Reddition des comptes des rédacteurs de la constitution

Le référendum peut être un mécanisme de reddition des comptes en ce qu'il permet de susciter un débat très large, et si les promoteurs du projet, généralement les membres du gouvernement, perdent, ils doivent démissionner. Dans la pratique, cela ne s'est pas produit. Au Kenya [2005], le président avait renvoyé du gouvernement la faction du « Non » ; au Zimbabwe, le président a intensifié son oppression du peuple ; en Albanie, le régime s'est maintenu et a truqué l'élection suivante. Mais il est certain que le régime perd de l'autorité morale et politique.

Incitation au compromis pour assurer le soutien général de toutes les communautés ethniques et autres

Il est possible que si un référendum est prévu dans le processus, les rédacteurs de la constitution impliqués dans ses étapes précédentes fassent preuve de prudence, deviennent plus sensibles à l'opinion du peuple et plus enclins à aplanir leurs divergences. Il est possible qu'en Afrique du Sud [1996], la prévision d'un référendum au cas où les membres de l'assemblée constituante ne parvenaient pas à s'entendre (par un vote des deux tiers), ait pu persuader le Parti National de faire plus de concessions au Congrès national africain qu'il ne l'aurait fait, et de même, ce dernier souhaitait sûrement éviter que l'accord durement négocié avec le Parti National n'échoue en raison du poids des extrémistes dans le référendum. Toutefois, il ne semble pas que la classe politique kenyane, agissant à travers le comité parlementaire spécial, se soit particulièrement préoccupée de la réaction du peuple (même peu de temps avant la tenue du référendum de 2010). En effet, le comité des experts, s'étend rendu compte que le dernier mot devait revenir au peuple, a courageusement décidé de réintroduire des dispositions soucieuses des populations que le comité spécial avait soustraites du document.

Modification après un examen minutieux

Étant donné que le référendum offre une nouvelle chance de réfléchir au projet de constitution et fait participer des personnes qui n'avaient pas été associées auparavant, il permet d'éviter les modifications précipitées, inconsidérées ou opportunistes de la constitution.

Informers les citoyens sur les questions constitutionnelles

La campagne référendaire est une période intense de concentration sur les questions constitutionnelles, les explications du projet de constitution et les arguments contre et en faveur de ce dernier. Ceci constitue une incitation et en même temps une excellente occasion d'en savoir davantage sur les valeurs et les institutions constitutionnelles, et peut-être sur ses propres responsabilités citoyennes.

Construction de la nation

Le Professeur Suksi fait noter que plusieurs référendums récents ont eu lieu dans des pays en conflit ou sortant de conflit. Pour diverses raisons, souligne-t-il, les dirigeants politiques ou militaires de ces pays utilisent le référendum pour obtenir la légitimité la plus large possible pour un nouveau dispositif constitutionnel et la plus grande visibilité pour une solution constitutionnelle. Dans de telles circonstances, le référendum peut être le dernier recours, soit du fait de l'opportunisme dont font preuve les dirigeants de l'État pour légitimer leur position, ou d'une honnête tentative de recréer l'autorité publique en se fondant sur les racines de la légitimité, à savoir le peuple (Suksi 2008).

Faire de la légitimité et des aspirations du peuple une réalité incontestable

Beaucoup des arguments ci-dessus reposent sur la légitimité censée découler de l'approbation de la constitution par le peuple. Des termes comme « appropriation » et des expressions comme « l'engagement à défendre la constitution » sont fréquemment utilisés. Il est clair que des personnes à qui l'on a offert et qui ont saisi l'opportunité de voter sur la constitution en perçoivent mieux les enjeux que si elle leur avait été imposée. Les promoteurs et les défenseurs de la constitution évoquent souvent l'enthousiasme des citoyens, en mettant l'accent sur la forte majorité de ceux qui sont en faveur, alors que ses détracteurs hésitent à la critiquer.

Cependant, rares sont les preuves empiriques démontrant que l'euphorie ou les hésitations durent longtemps, sauf si la constitution répond aux attentes, ou que le peuple manifeste pour défendre la constitution. Celle de 1997 de la Thaïlande, fruit d'un processus très participatif, a été assez facilement révoquée. Plus frappante encore fut l'absence de résistance populaire au refus du président érythréen de mettre en œuvre la constitution de 1995 qui a été élaborée avec une forte participation publique. Par contre, le risque existe de voir s'éroder le soutien pour la constitution si les attentes ne sont pas rapidement satisfaites. La section qui suit traite des arguments contre le référendum.

Arguments contre le référendum

La constitution n'est pas une problématique monovalente, mais le fruit d'un ensemble de valeurs et d'institutions

Dès qu'il est question de référendum, nul ne s'inquiète du fait que les électeurs puissent ne pas comprendre la constitution, ou apprécier l'importance des sujets clivants. Ils peuvent effectivement rejeter la constitution sur la base d'une ou de deux questions périphériques. L'on peut dire sans risque de se tromper qu'il est rare que la grande majorité de la population comprenne toute sa véritable signification ou les compromis qu'il a fallu faire pour qu'elle existe.

Danger des campagnes mensongères

La plupart des campagnes référendaires sont dominées, voire monopolisées par la classe politique. L'expérience a montré que beaucoup de ces hommes politiques ne comprennent pas la constitution, ou ne l'ont même pas lue. N'ayant aucune idée de ses principaux objectifs et de ses thèmes, ils brandissent une disposition mineure et en exagèrent la teneur, surtout si elle touche aux émotions et font du référendum une question simpliste. Ils sont capables de tromper délibérément le peuple et la campagne devient un tissu de mensonges – l'antithèse de la démocratie. Si les politiciens sont divisés sur la constitution, leurs inconditionnels les soutiennent et ne font pas beaucoup d'efforts pour comprendre les vraies questions.

Voter pour les mauvaises raisons

La politisation de la campagne par les partis peut contaminer les populations, tant et si bien que les raisons du vote n'ont plus grand-chose à voir avec le contenu réel de la constitution (voire à une mauvaise compréhension de cette dernière). Parfois, certaines considérations purement partisans peuvent délégitimer les promoteurs de la constitution, en général le gouvernement. Dans les pays où les partis sont instables et mouvants, ces considérations sont d'ordre ethnique. Les référendums de 2005 et 2010 au Kenya ont été marqués par des appels extrémistes aux origines ethniques dont l'efficacité s'est reflétée sur le scrutin. L'impression générale est que les campagnes visaient en réalité les élections générales de 2007 et 2012. Les référendums étaient de la politique déguisée.

Danger de manipulation et d'intimidation et recherche d'une fausse légitimité

Dans nombre de pays, en développement notamment, les campagnes et votes référendaires ont pour la plupart des allures d'élections – utilisation des deniers publics, intimidation et utilisation de milices, corruption et autres formes de corruption électorale, y compris le bourrage des urnes. Au Rwanda, les électeurs n'ont eu droit délibérément qu'à deux semaines de débat ; les tentatives d'évaluation indépendante ont été muselées, le gouvernement a même évoqué la crainte d'un autre génocide si jamais la constitution était rejetée. Ce fut pire au Soudan, où le projet tel que présenté par la commission, fut modifié par le président puis

soumis à un référendum fortement manipulé et contrôlé. Récemment, une mascarade similaire fut organisée par les autorités militaires de Myanmar. Dans aucun de ces États, le processus n'a été ouvert ou participatif ; au contraire, il a été marqué par les interdictions et la coercition.

Référendum aux effets polarisants ou sources de discorde dans les États multi-ethniques

Loin de rassembler le peuple autour d'une constitution et de promouvoir l'unité nationale, le référendum peut être source de profonde discorde. La situation peut empirer après le référendum (comme l'illustrent les expériences de Chypre, de l'Irak et du Kenya qui ont également montré le parti pris majoritaire du référendum).

La meilleure forme de participation citoyenne est celle qui intervient au début du processus : lorsque c'est le peuple qui décide

Si la participation du peuple demeure un objectif, il est plus efficace de l'impliquer dès le début du processus, lorsque le programme de réforme et les toutes premières décisions relatives à la constitution sont discutés. Cela permet d'approfondir sa participation et d'en faire le véritable décideur.

Le référendum peut être utilisé pour fausser les résultats d'un processus participatif juste et équitable

Le référendum est parfois utilisé en effet pour fausser les résultats d'un processus participatif juste et équitable. Au Soudan [1998], au Zimbabwe [2000] et au Kenya [2005], des autorités clés de l'État, qui n'étaient pas d'accord avec le projet produit sur la base de procédures prédéterminées, ont soumis à référendum leur propre version. Bien que dans certains cas ces projets aient été rejetés, les documents originaux n'ont pas été promulgués. Au Kenya, il a fallu plusieurs années et un autre processus très long pour revenir au projet d'origine, mais malgré cela, il n'a pas été promulgué dans son intégralité.

Dans les États multi-ethniques, la meilleure solution est de négocier en toute bonne foi

En effet, dans ces États, l'argument le plus fort contre le référendum est que les règlements laborieusement et soigneusement négociés entre les différentes communautés ne doivent pas connaître de blocage. Ils sont presque toujours controversés, mais représentent la base d'un accord possible. Seulement, des membres mécontents d'une communauté, celle majoritaire en particulier, peuvent exploiter la campagne référendaire pour mobiliser l'opposition grâce à une propagande raciste. Dans un pays à l'histoire ethnique trouble, de tels appels sont à même d'être entendus. Il en résulte un profond ressentiment au sein d'une ou de plusieurs communautés et une dégradation générale des relations ethniques. Il se peut également que certains dirigeants ne soient pas d'accord pour un règlement, de crainte d'être accusés par leur communauté de trahison pendant les campagnes référendaires. Le danger est réel d'une

exacerbation des divisions ethniques par la politique lors des référendums. L'expérience récente du Canada visant un nouvel ordre constitutionnel montre l'incompatibilité entre un compromis négocié et le résultat d'un référendum.

La légitimité repose sur l'équité et l'efficacité de la constitution

Certaines des constitutions les plus réussies n'ont pas fait l'objet de référendum, comme au Canada, en Allemagne, en Hongrie, en Inde, au Japon, à Maurice et en Afrique du Sud, tandis que d'autres entérinées par voie de référendum ont été inefficaces ou ont été remplacées (comme en Érythrée, au Soudan et en Thaïlande). L'équité est fonction du contexte ; pour un État multi-ethnique, cela signifie le respect de toutes les communautés, la protection des droits individuels et communautaires dans l'intérêt supérieur de l'identité nationale. L'efficacité veut dire qu'en tant que loi suprême, la constitution est honorée et que l'État de droit prévaut.

Importance de la question

Il est bien compris que par action ou par omission, la manière dont est posée la question du référendum peut influencer sur le résultat. Lorsque la question de l'abolition de la monarchie a été posée aux Australiens, il est probable que la majorité était en faveur de la démarche, mais telle qu'elle fut posée les Australiens ont eu le sentiment qu'on leur demandait comment remplacer le monarque britannique en tant que chef de l'État. Cette question divisa le vote républicain. Au Kenya [2010], la question « Approuvez-vous le projet de constitution ? » était sans doute moins claire que si on avait fait comprendre aux citoyens qu'il s'agissait de choisir entre la constitution en vigueur et le projet de constitution.

La commission électorale du Royaume-Uni a critiqué un référendum sur les pouvoirs de l'assemblée galloise pour son ambiguïté et pour avoir utilisé des expressions mal comprises de la population (telles que « pouvoirs délégués »).

Commentaire sur le débat

Les arguments pour et contre le référendum montrent que bien qu'il soit démocratique et fondamental pour la souveraineté du peuple, il pose de sérieux problèmes pratiques. Il est sans doute nécessaire dans certains contextes, et inopportun dans d'autres. Il serait utile d'analyser soigneusement les objectifs souhaités ou attendus du référendum avant de l'entreprendre, et de le structurer sur cette base. Dans le même temps, des améliorations évidentes doivent être apportées aux procédures, pour les rendre plus équitables, plus efficaces et plus pédagogiques.

Réformes référendaires

- Il est reproché au référendum de n'offrir qu'un choix limité entre un « Oui » ou un « Non ». Est-il possible d'élargir ce choix ? Les options suivantes peuvent être examinées :

- Choix sur une série de sujets clivants (par exemple, sur l'avortement ou le système électoral) avant la finalisation du projet ;
- Choix entre deux projets (par exemple, un basé sur le régime parlementaire et l'autre sur le régime présidentiel) ;
- Le projet de constitution doit être publié longtemps avant la date du référendum, pour donner le temps suffisant à sa diffusion et à sa discussion ;
- La question sur laquelle les électeurs doivent prendre une décision doit être clairement énoncée et communiquée suffisamment à l'avance, pour s'assurer qu'elle a été bien comprise ;
- Pour éviter une monopolisation de la campagne par la classe politique, une commission d'éminents et respectables citoyens doit être créée pour aider à la diffusion du projet, à l'organisation et au financement des activités de campagne, entre autres :
 - Promouvoir une bonne compréhension des objectifs et des procédures du référendum, en collaboration avec la commission électorale et les autres organes concernés ;
 - Créer ou accréditer des équipes locales pour le « Oui » et le « Non » constituées d'universitaires et autres intellectuels, de fonctionnaires à la retraite, de cadres et de membres de la société civile, en veillant à l'équilibre régional et des sexes ;
 - Organiser conjointement avec les équipes « Oui » et « Non », la tenue des réunions publiques et des programmes médiatiques, pour promouvoir des débats équitables et ouverts ;
 - Préparer, publier et diffuser des matériels qui permettent de faciliter la compréhension du projet, y compris pour les personnes souffrant d'un handicap de lecture, dans différentes langues le cas échéant ;
 - Collaborer avec les observateurs des campagnes et du scrutin.
- Un système de réglementation des campagnes et du vote, avec un code contraignant pour tous les partis politiques et autres groupes en campagne, devrait être établi ; ce pour assurer l'équité et incluant :
 - Pas de discours de haine ;
 - Pas de corruption des électeurs ;
 - Pas de leurre délibéré des électeurs et d'autres sur le projet ;
 - Pas d'intimidation ou de recours à la force contre les électeurs ou ceux qui ont des opinions différentes ;
 - Pas d'utilisation des ressources de l'État autrement que par l'intermédiaire de la commission chargée du référendum.
- Pour donner tout son sens au référendum, le processus d'élaboration de constitution doit prévoir la participation du peuple dès ses toutes premières étapes, pour lui permettre de s'imprégner des questions et des débats, et ce faisant, de prendre une décision en toute connaissance de cause lors du référendum.

Partie 4 : Guide des acteurs extérieurs au processus : Société civile, médias, et communauté internationale

Quoique destinées à aider toute personne associée au processus d'élaboration de constitution, la deuxième et la troisième partie du présent manuel cherchent avant tout à donner des orientations aux acteurs nationaux impliqués dans la conception, l'élaboration ou la mise en œuvre d'un tel processus. Ces acteurs nationaux sont liés d'une façon ou d'une autre à l'État et sont souvent dotés d'un mandat juridique. Mais n'oublions pas qu'il existe aussi des acteurs non-étatiques clés qui ont des rôles importants à jouer dans le processus – tant officiels que non-officiels, avec des effets aussi bien positifs que négatifs. Les plus importants parmi eux sont les acteurs de la société civile, les médias et les acteurs internationaux.

Dans cette partie, nous voulons tourner notre attention vers ces acteurs en leur proposant des orientations précises :

- Sur les rôles que jouent la société civile et les médias, soit lorsqu'ils participent au processus constitutionnel officiel (en présentant des propositions sur les questions constitutionnelles), soit dans des situations où ils n'assument pas de rôle officiel mais où ils souhaitent influencer sur le processus (dans l'idéal pour le rendre plus participatif, transparent, inclusif et faire en sorte que le pays se l'approprié) ;
- Sur le rôle des acteurs internationaux, en particulier dans les instances où ceux-ci mènent le processus ou l'influencent de manière significative.

4.1 La société civile et les médias

Comme nous l'avons indiqué plus haut dans la deuxième et la troisième partie, un organe constituant peut collaborer officiellement avec la société civile et les médias de diverses façons ; dans le cadre d'un processus participatif en particulier, ces derniers jouent un rôle crucial dans les activités d'éducation civique et de consultation publique (voir exemples cités dans la partie 2.2.2). Dans la partie 2.3.11, nous avons indiqué qu'il était crucial pour l'organe constituant, compte tenu des fréquents contacts qu'il a avec les médias, d'élaborer une stratégie médiatique. De plus, la société civile et les médias prennent souvent d'eux-mêmes l'initiative de s'engager dans des activités liées au processus constitutionnel en endossant un rôle distinct de leur rôle officiel d'appui au processus. Ces activités sont liées de près à ce qui est généralement considéré comme étant la mission de la société civile et des médias, à savoir dénoncer et parfois défier les institutions de l'État et pour la société

civile, de mobiliser la population contre certaines politiques publiques. Il arrive parfois qu'en exerçant ces fonctions, la société civile et les médias s'affrontent ou aient des relations tendues avec les organes constituants.

Dans cette partie, nous nous proposons d'aborder certains rôles et activités clés de ces acteurs, de montrer comment ils peuvent promouvoir ou organiser le changement constitutionnel, informer les populations des questions électorales, faire de l'éducation civique, appuyer ou organiser des consultations publiques, préparer des propositions, faire de la recherche et du lobbying ou encore superviser le processus. Nous allons mettre le doigt sur certains problèmes et dilemmes possibles que ces acteurs peuvent rencontrer relativement à leurs rôles et activités et proposer des orientations sur le rôle constructif qu'ils peuvent assumer, en particulier dans la promotion d'un processus participatif et délibérant.

4.1.1 Promouvoir ou organiser le changement ou les réformes constitutionnelles

Comme nous l'avons mentionné à la partie 2.1.3 dans le paragraphe intitulé « La dimension politique entourant le début du processus », les processus de réforme constitutionnelle sont souvent engagés sous l'effet de pressions politiques et de pressions de la rue auxquelles la société civile et les médias auront souvent contribué de manière non négligeable.

En Colombie, les médias se sont ralliés à des groupes d'étudiants pour réclamer un référendum constitutionnel sur la création d'une assemblée constituante (voir encadré 1, « Mouvement populaire pour la réforme en Colombie »). Au Kenya, face aux atermoiements du gouvernement pour lancer un processus constitutionnel et avant que celui-ci ne démarre en 2000 pour se poursuivre jusqu'en 2005, la société civile a constitué un groupe de cinquante-deux organisations religieuses et laïques qui a mis en place une commission informelle pour sillonner le pays et recueillir l'opinion de la population. Cette initiative a soulevé un tel enthousiasme chez cette dernière que le gouvernement a finalement lancé un processus formel de réforme constitutionnelle. Ce que l'on peut retenir de cette expérience est que l'action politique a de plus grandes chances d'aboutir si les organisations de la société civile peuvent collaborer et faire en sorte que le processus démarre. Il existe d'autres formes d'action politique telles que convaincre un ou plusieurs partis politiques de faire du changement un point de leur programme, ou même tenter de créer un parti pour lequel la réforme constitutionnelle soit le principal manifeste. Il est vrai que cette démarche est complexe et n'est sans doute réalisable que dans le cadre d'une stratégie à long terme.

En Afghanistan et au Guatemala, la société civile a joué un rôle pendant les négociations portant sur la structure du processus. Au Timor-Leste [2002], une fois l'assemblée constituante établie, un consortium d'organisations de la société civile a exprimé sa préoccupation face à la courte durée de vie de l'assemblée, le nombre peu important de points qu'elle devait examiner et le manque d'intérêt pour une consultation publique. Étant donné que les Nations Unies représentaient l'administration de transition, le consortium a écrit une lettre au Conseil de sécurité des Nations Unies demandant que ses membres

usent de leur influence pour réunir les conditions favorables à un processus délibérant et participatif. Leur demande restant lettre morte, le consortium a manifesté devant l'assemblée constituante, réclamant un processus plus transparent et plus ouvert, ce qui a amené cette dernière à changer son attitude par rapport aux citoyens, à organiser des conférences de presse régulièrement et à procéder à une consultation publique limitée sur le projet (voir l'étude de cas sur le Timor-Leste, annexe A.11).

Le Mouvement populaire au Népal en 2006 fut une illustration de l'action de la rue. C'est une action politique directe qui comporte ses propres risques : instabilité, dommages corporels ou décès tel que cela a été le cas au Népal. Ce type d'action peut aussi ébranler la confiance dans l'État de droit et porter ainsi préjudice à la notion même de constitution. L'une des revendications d'un des groupes meneurs du mouvement népalais était la mise en place d'une assemblée constituante. Le Mouvement populaire a transformé l'aspiration découlant de l'accord entre partis politiques en une possibilité réelle. Il est malaisé de fournir des orientations à la société civile et aux médias sur la manière dont ils peuvent jouer leur rôle le plus efficacement possible car beaucoup dépend du contexte local. Toujours est-il que la société civile peut être très performante si elle réunit les tendances variées, si elle dispose de bons réseaux entre les différents acteurs (ONG, églises, associations et ainsi de suite) et si les chefs de file de la société civile ont de bons rapports entre eux, avec les médias et les partis politiques. Enfin, les campagnes pour le changement constitutionnel doivent être conçues de manière à exercer une réelle pression sur les personnes qui détiennent les rênes du pouvoir.

4.1.2 Informer et sensibiliser les populations aux questions électorales relatives à l'élaboration de constitution

Les élections de toutes sortes ont certainement une part à jouer dans la mise en place d'un processus constitutionnel et dans ses autres aspects. Les questions relatives au processus et au contenu de la constitution qui sont souvent au centre des enjeux électoraux sont d'une telle complexité et d'une telle sensibilité politique que la société civile et les médias peuvent jouer un rôle capital d'information et d'éducation civique.

Quelles sont les élections qui peuvent avoir une portée majeure pour les processus constitutionnels ? En voici quelques-unes :

- Des élections législatives ordinaires dont l'un des enjeux majeurs pour les électeurs est de savoir s'il faut lancer un processus de réforme constitutionnelle ;
- Une élection normale intervenant pendant un processus constitutionnel et pour laquelle les questions relatives au processus ou à la teneur du projet de constitution peuvent représenter des enjeux électoraux importants ;
- Une élection pour choisir les membres d'un organe constituant tel qu'une assemblée constituante ;
- Des élections législatives tenues après l'adoption de la nouvelle constitution ou d'un texte constitutionnel révisé (peut-être le premier scrutin de ce genre à être organisé conformément

aux dispositions de la nouvelle constitution), et où les principaux enjeux peuvent porter sur la mise en œuvre de la nouvelle constitution ou de la constitution révisée.

De telles élections peuvent englober des questions ayant trait aux engagements pris par les candidats et les partis envers le processus constitutionnel, leurs opinions sur le contenu de la nouvelle constitution, le respect et la mise en œuvre de nouveaux dispositifs constitutionnels. Il s'agit, par conséquent, d'élections d'une importance inhabituelle pour le pays. Les électeurs auront la possibilité d'influer sur les résultats constitutionnels à travers leur participation au vote et aux débats sur le processus, la teneur et la mise en œuvre de la constitution.

Souvent, la société civile et les médias jouent un rôle important d'information de la population concernant les enjeux électoraux et la société civile cherche fréquemment à mobiliser et à organiser les électeurs – afin qu'ils fassent pression sur les partis et les candidats et qu'ils votent dans un sens particulier. Compte tenu des enjeux fondamentaux pour l'avenir du pays lorsqu'une élection est liée à un processus constitutionnel, les rôles des médias et de la société civile revêtent une signification particulière.

Dans de nombreux pays, les habitudes de vote d'une grande partie de l'électorat sont bien arrêtées (la plupart des électeurs restent fidèles au parti politique de leur choix), le résultat du scrutin est donc souvent décidé par le vote décisif d'une minorité car peu d'enjeux électoraux sont vraiment susceptibles de retenir l'attention des électeurs. Mais dans le cadre d'élections liées à un processus constitutionnel, il y a sans doute de nombreuses questions sur lesquelles les électeurs devraient se concentrer. Ils ont besoin d'être encouragés à réfléchir au-delà de l'avenir immédiat (comme c'est le cas dans une élection ordinaire), à se projeter dans un avenir plus lointain en s'interrogeant sur la forme que prendront l'État et les droits des citoyens. Ils doivent apprendre à ne pas se considérer uniquement comme des travailleurs (quand les temps sont durs économiquement), comme des parents (quand l'éducation est le principal enjeu) ou comme des patients (quand l'enjeu est le système de santé). Ce sont des êtres humains qui ont des intérêts plus variés ; ce sont aussi des citoyens (qui veulent un gouvernement efficace et responsable – même s'il est formé par « leurs candidats »), ce sont des contribuables (qui en veulent pour leur argent et exigent une reddition des comptes), ce sont des sans-terres ou des propriétaires, membres d'une minorité ou membres de la majorité, femmes ou hommes, citadins ou habitants de la campagne et ainsi de suite. La constitution touche toutes leurs préoccupations et il arrive qu'ils s'aperçoivent que leur parti « habituel » n'a pas la meilleure approche des questions constitutionnelles.

Dans les pays en sortie de crise qui veulent se doter d'une constitution, il est probable que les partis politiques ne soient pas bien ancrés, encore que l'on observe souvent l'émergence de groupes de candidats de même sensibilité. N'oublions pas non plus que dans ces cas de figure, l'assemblée constituante ou même le parlement peut compter davantage de membres non issus de partis politiques qu'un parlement ordinaire. Il est donc important, au moment du choix de vote, de se concentrer sur les opinions et les compétences des candidats individuels.

La société civile et les médias ont un rôle crucial à jouer pour sensibiliser les électeurs à ces questions et ne doivent pas simplement compter sur « l'information officielle des électeurs »

ou sur les partis politiques. Les médias – dans la mesure où ils sont indépendants des partis politiques et des forces économiques puissantes qui ont leurs propres intérêts à défendre dans les élections – ont également une tâche cruciale à assumer pour fournir toutes les informations aux électeurs.

4.1.3 Éducation civique

La société civile et les médias peuvent assumer de nombreuses tâches, en expliquant à la population en quoi consiste le processus constitutionnel et quelles sont les questions constitutionnelles qui en découlent. Dans un processus très participatif, les constituants vont établir un dialogue avec la société civile et les médias pour les amener à soutenir le programme officiel d'éducation civique (voir la partie 2.2.2). Dans l'hypothèse où les constituants manifesteraient peu d'intérêt envers l'information et la sensibilisation des citoyens, la société civile et les médias peuvent de leur propre initiative combler cette lacune et entamer le dialogue constitutionnel en vue d'informer et de sensibiliser la population et de l'encourager à exiger un processus plus axé sur le peuple (voir partie 2.2.2 sur les méthodes d'éducation civique et les écueils à éviter). Même si le processus est participatif et qu'il est accompagné d'un bon programme d'éducation civique, il y a toujours lieu de fournir davantage d'informations et d'éducation. Certains groupes de la société civile sont, par exemple, en mesure de jouer un rôle spécifique d'éducation ou d'information en raison de leurs connaissances spécialisées sur des problèmes ou des questions fondamentales (par exemple, les droits de l'homme) ou en raison des relations privilégiées qu'ils entretiennent avec des groupes marginalisés (par exemple, les femmes pauvres).

4.1.4 Consultations publiques

Dans un processus très participatif, il est parfois confié à la société civile et aux médias des responsabilités importantes dans les processus officiels de consultation publique (par exemple, la société civile peut aider à organiser et à animer des réunions directes entre les citoyens ou des groupes sectoriels et les organes constituants, les médias pour leur part peuvent aider à couvrir les rencontres et à recueillir les opinions – voir partie 2.2.3). Dans les cas où les processus ne prévoyaient pas de mécanisme officiel permettant à la population d'y contribuer, la société civile et les médias ont parfois décidé de mener leur propre consultation publique et de relayer aux organes constituants leur analyse des opinions recueillies. L'impact de cette démarche sur le processus dépendait de plusieurs facteurs, de la crédibilité de la méthodologie et des structures impliquées ainsi que de la disponibilité des organes constituants à tenir compte des opinions exprimées. Dans ces conditions, il faut mûrement réfléchir à la manière dont est menée la consultation publique, le but étant que les décideurs soient réceptifs aux vues du peuple. Il serait avisé d'inviter les organes constituants à assister à la consultation pour les convaincre de sa crédibilité. Quoique nos réflexions figurant à la partie 2.2.2 sur la manière de conduire la consultation publique et sur les points à aborder aient pour objectif de fournir des orientations aux organes constituants « officiels », elles valent aussi en grande partie pour la consultation informelle.

4.1.5 Propositions soumises à l'organe constituant

La tendance de nos jours dans le travail d'élaboration de la constitution est de prévoir la participation populaire ; ainsi de plus en plus de processus officiels ouvrent la porte à la participation des citoyens et en indiquent les modalités. La société civile et les médias peuvent aider les citoyens à mieux comprendre comment ils peuvent soumettre des propositions et communiquer leurs points de vue. Par ailleurs, il est fort probable que les groupes de la société civile souhaitent absolument faire leurs propres propositions surtout relativement aux questions constitutionnelles qui touchent leurs domaines d'activité et d'expertise. Pour être capables d'assumer ces fonctions, les médias et la société civile doivent se familiariser avec les calendriers et les procédures du processus pour être certains de ne pas manquer l'occasion d'y contribuer. Toutefois :

- Compte tenu du fait que les retards accumulés lors des autres étapes du processus risquent de raccourcir le temps prévu pour la consultation publique, il est crucial de constamment garder l'œil sur le calendrier dynamique des activités consultatives ;
- Les concepteurs des processus officiels ont leur propre opinion, parfois réductrice, sur la nécessité d'avoir une contribution des citoyens et de la forme qu'elle prendra, tandis que les organisations de la société civile souhaitent pouvoir contribuer à différents moments et de différentes manières ;
- Les processus constitutionnels ne sont pas tous conçus de manière à être participatifs, ce qui n'empêche pas la société civile de soumettre ses propositions et d'encourager les citoyens à faire de même.

En outre, un organe constituant peut avoir ses propres règles sur la manière dont les opinions peuvent être transmises (par exemple, la Commission constitutionnelle ougandaise a publié une brochure sur ce sujet). Dans de telles instances, il est important d'étudier et de comprendre ces règles afin de donner aux citoyens des informations exactes. Il arrive aussi parfois que ces règles écartent d'emblée certains sujets sur lesquels la société civile et les citoyens souhaiteraient se prononcer et faire des propositions à l'organe constituant, auquel cas la société civile et les médias pourraient insister vivement pour que le processus constitutionnel soit élargi.

Une organisation ou un individu qui a une ou plusieurs idées bien conçues sur la teneur de la nouvelle constitution ou sur la manière dont le processus devrait être mené devrait tout faire pour présenter ces idées à l'organe constituant de façon convaincante. Comme nous l'avons indiqué dans la partie 2.2.3, lorsqu'il s'agit d'un processus participatif, beaucoup de personnes ou de groupes peuvent soumettre leurs propositions sous diverses formes allant de courtes déclarations lors de réunions publiques aux SMS en passant par le courriel, les messages Twitter ou sur Facebook, les lettres manuscrites, de longs documents rédigés et même des projets complets de constitution. Il ne faut pas renoncer à faire des propositions courtes car une déclaration énergique peut avoir un effet durable sur le lecteur.

Ci-après nous proposons quelques suggestions sur la manière de faire des contributions, certaines sont tirées de conseils avisés de personnes expérimentées, d'autres sont fondées sur le bon sens.

- Chercher à savoir si la constitution en vigueur contient une disposition ou une autre sur le sujet qui tient à cœur. Si c'est le cas, faut-il reconduire les mêmes dispositions dans le nouveau texte ou faut-il recommander des modifications ? Si l'on préconise des amendements, quel est le problème, quelle est la solution à proposer et en quoi cela peut-il régler le problème ? Si l'on propose de conserver les dispositions en vigueur, quel est le point de préoccupation et pourquoi la disposition actuelle semble-t-elle la meilleure ?
- Ne pas se contenter d'affirmations du type « Nous privilégions le système présidentiel » mais toujours donner des raisons pour motiver sa position ;
- Se rappeler que les études, les faits et chiffres précis sont importants. S'assurer que les informations proviennent de sources fiables pouvant résister à l'analyse ;
- Être aussi concis et clair que possible ;
- Noter que toute soumission doit se distinguer des autres et donner ainsi envie aux destinataires de la lire ce qui ne signifie pas qu'elle doit être d'aspect luxueux et onéreux ;
- Si la proposition est longue, commencer par un résumé dans lequel on fera ressortir clairement les points saillants ;
- Reconnaître l'utilité d'une pétition, ou d'une campagne de cartes postales qui consiste à demander à un grand nombre de personnes de signer et d'envoyer des cartes pré-imprimées contenant quelques points ; mais sachez que les détracteurs peuvent facilement rejeter ces campagnes au prétexte que beaucoup de signataires n'aient pas compris ce qu'ils faisaient ;

S'il s'agit de présenter une proposition oralement (par exemple, à l'occasion d'une réunion publique avec les organes constituants), les conseils pratiques suivants peuvent être utiles :

- Si la proposition émane d'un groupe, choisissez un représentant qui s'y connaît et qui est persuasif ;
- Faites preuve de créativité dans la manière dont vous allez présenter votre proposition. Si, par exemple, vous souhaitez insister sur les droits de l'enfant, vous pouvez décider de mettre en avant la cause des enfants ayant des besoins spécifiques ou même projeter un court-métrage sur la situation critique des enfants, ce qui aura un effet puissant et donnera du lustre à votre soumission ;
- Respectez les délais fixés par les organes constituants ;
- Rappelez-vous qu'il faut être respectueux envers les constituants lorsque l'on présente une proposition tout en étant ferme ;

Quelle que soit la soumission, il est conseillé de se concentrer sur les questions de fond et d'éviter un langage « fleuri » ou exagéré. Il faut éviter toute déclaration diffamatoire, tribaliste ou incendiaire. Ajouter une touche personnelle peut parfois être utile puisqu'elle permet d'illustrer comment certaines questions précises peuvent concerner directement les citoyens.

Lorsqu'on fait appel aux médias, il faut noter qu'un organe constituant peut se sentir interpellé si les médias peuvent être persuadés d'accorder une attention particulière à une proposition donnée et aux points qu'elle aborde. Voici quelques suggestions concernant l'utilisation des médias :

- Prenez les mesures nécessaires pour que les médias connaissent la proposition qui doit être présentée et comprennent son importance ;
- Rédigez des communiqués de presse percutants ;
- Rappelez-vous que les médias sont ravis de prendre des photos – sous-entendu des bonnes photos - de personnes photogéniques, de marches, de danses, d'évènements hauts en couleur.

Propositions non sollicitées

Si, dans le cadre du processus, il n'est pas prévu de recueillir les propositions des citoyens ou si le délai de soumission des propositions n'a pas été respecté, il reste possible de créer des occasions pour faire valoir ses opinions. Les tactiques indiquées à cet effet sont fonction du destinataire des propositions (commission, assemblée constituante ou parlement national). Par exemple, pour faire parvenir des opinions à une assemblée constituante, une organisation de la société civile peut :

- Inviter un ou plusieurs membres de l'assemblée à une réunion ;
- Faire pression sur les membres de l'assemblée, en particulier lorsque la question est examinée par une commission ou en séance plénière ;
- Recourir aux médias afin d'influencer l'opinion publique et les positions des membres de l'assemblée ;
- Organiser des réunions publiques formelles sur les questions pertinentes ;
- Élaborer une petite publication facile à lire qui peut être transmise à chaque membre de l'assemblée ;
- Faire passer les idées dans une commission directement ou par lobbying auprès des membres de la commission (car les commissions sont de taille plus petite et constituent le cadre où une grande partie du véritable travail d'élaboration de la constitution se fait).

Encadré 44. Utilisation des pétitions en Afrique du Sud [1996]

Il est souvent affirmé que l'Assemblée constituante sud-africaine a reçu deux millions de propositions. Mais en réalité, les signatures sur cartes et les pétitions étaient comptabilisées comme des propositions en soi. La même importance n'a pas été accordée à ces formes de proposition qu'aux propositions plus formelles qui défendaient la position de leurs auteurs et dont le nombre n'était que de 13 000 environ.

Dans une assemblée constituante marquée par une forte présence, voire une domination, de partis politiques, il peut être difficile de se faire entendre si ce n'est par la voix d'un parti. Ce qui laisserait penser qu'il faut s'adresser davantage aux membres du parti qui sont en mesure d'influencer les autres membres de leur parti.

Questions sensibles

Dans presque toutes les sociétés, il existe des questions particulièrement sensibles qui sont susceptibles de faire l'objet de dispositions dans la constitution, et pour lesquelles il peut s'avérer difficile d'obtenir le soutien de l'opinion publique – des positions peuvent être défendues par des acteurs de la société civile sur la nécessité de protéger les droits de l'homme, ou des postures « libérales » de même nature. Au nombre de ces questions, citons, par exemple, les droits des homosexuels, les droits des travailleurs du sexe ou des prisonniers, le droit à l'avortement, l'euthanasie, l'abolition de la peine de mort et les droits des veuves. L'expérience a montré que si trop d'attention est accordée à certaines questions, il peut y avoir un risque que des groupes y étant opposés puissent être amenés à essayer de faire élaborer une constitution excluant toute posture « libérale » par rapport à ces questions. Mais considérons ceci :

- Sur une question comme l'abolition de la peine de mort, au lieu d'être frontale dans ses propositions, la société civile pourrait soutenir l'introduction d'une disposition plus globale qui soit largement favorable au droit à la vie, ouvrant ainsi la possibilité pour les tribunaux ou le gouvernement d'invoquer ce droit ultérieurement pour abolir la peine de mort (comme cela a été le cas en Afrique du Sud, voir l'encadré 45 ci-dessous) ;
- Les propositions émanant de la société civile pourraient s'inspirer de l'expérience internationale, en particulier de l'exemple d'un pays au contexte social similaire qui a adopté une idée semblable à celle défendue ;
- S'agissant des droits de l'homme, ou peut-être de l'environnement, les propositions pourraient s'appuyer sur l'argument selon lequel le pays est déjà censé agir dans la mesure où il a signé les accords internationaux pertinents. Mais il faut garder à l'esprit qu'il n'est pas rare que l'opinion se montre réfractaire aux accords internationaux, perçus comme « une ingérence étrangère ».

Choix du bon moment

Une fois que le projet de constitution intégral est prêt, il peut s'avérer difficile d'y apporter des modifications de fond ; les grandes idées sur des questions importantes ont plus de chances d'être acceptées si elles sont proposées à un stade précoce. Les idées d'une moindre importance peuvent être plus faciles à intégrer sous forme de modifications apportées à un projet de constitution, afin d'affiner ce dernier et de le rendre plus efficace.

Maintenir l'intérêt

Des suggestions acceptées à un moment donné du processus peuvent ne pas apparaître dans la version finale de la constitution – elles peuvent s'être heurtées par la suite à une opposition ou à de l'incompréhension, tout comme elles peuvent avoir été omises par

erreur. Il est important que les acteurs de la société civile qui s'intéressent à des questions particulières surveillent le processus, lisant les versions provisoires pour voir si les idées ont été acceptées, et attirant l'attention sur les omissions.

4.1.6 Recherche

La société civile a contribué à un certain nombre de processus constitutionnels par des travaux de recherche, parfois entrepris de façon officielle pour les organes constituants, et parfois menés dans un souci d'influer d'une manière ou d'une autre sur le processus.

Parmi les études menées au profit des organes constituants citons celles qui sont destinées à améliorer les initiatives d'éducation civique (par exemple, sur les types de médias qui touchent effectivement des couches particulières de la société) et à aider à ce que les sondages d'opinion et les groupes de discussion communiquent aux décideurs des renseignements sur les perceptions, les points de vue et les attitudes de l'opinion publique à l'égard de certaines questions, ou à fournir des statistiques ou des données factuelles sur le contexte du moment. La société civile et les institutions universitaires ont également détaché des chercheurs auprès de l'organe constituant pour mener des recherches sur toute question intéressant ses membres (Afghanistan [2004], par exemple).

En outre, les acteurs de la société civile mènent normalement des recherches sur des questions spécifiques qui les intéressent principalement, telles que la réforme agraire ou la protection des droits. Ils utilisent souvent ces études pour préparer des propositions qui fournissent aux organes constituants des informations et des recommandations sur la façon dont des problèmes cruciaux devraient être pris en compte dans la constitution.

4.1.7 Lobbying

Le lobbying ou activités des groupes de pression est un processus qui consiste à traiter directement avec les décideurs tels que les membres des organes constituants en vue de solliciter leur soutien en faveur d'une position donnée sur une question importante. Dans un processus constitutionnel, le lobbying peut porter sur la conception et le déroulement du processus en lui-même, ainsi que sur des questions relatives au contenu de la constitution. Il est fréquent que la société civile se livre à des activités de lobbying sur ces questions.

Encadré 45. L'abolition de la peine de mort en Afrique du Sud

Durant le processus constitutionnel sud-africain, la sensibilité à l'égard des niveaux élevés de la criminalité a ajouté à la difficulté de parvenir à un accord sur l'abolition de la peine de mort. Mais peu de temps après l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, la Cour constitutionnelle a jugé que la disposition constitutionnelle sur le « droit à la vie » impliquait que la peine de mort doive être abolie.

Voici quelques points de bon sens concernant le lobbying exercé auprès de membres d'une assemblée constituante :

- Bien choisir les cibles : par exemple, des membres qui ne sont pas encore engagés d'une manière ou d'une autre sur le sujet en question, mais que l'on peut convaincre de soutenir le point de vue défendu par l'organisation faisant du lobbying ;
- Se renseigner sur la position officielle du parti de chaque membre ciblé et sur les intérêts et les préjugés possibles du membre en question ;
- Se préparer en se munissant de toutes les données factuelles et de tous les arguments nécessaires ;
- Être ponctuel, poli et patient à toute réunion organisée ;
- Être convaincant, usant peut-être d'un peu de sentimentalisme, tout en communiquant toujours le maximum d'informations utiles possible ;
- Être concis, à l'oral comme à l'écrit ;
- Si le membre pose une question à laquelle on n'a pas de réponse, être honnête, promettre de fournir les informations plus tard et tenir parole ;
- Envoyer un mot de remerciement après toute réunion, soulignant les principaux points abordés.

Il peut être plus difficile de faire du lobbying auprès d'une commission ou d'un comité d'experts. Les membres de ces organes ne sont pas choisis pour « représenter le peuple » comme c'est le cas avec une assemblée constituante. Il est aussi malavisé de la part d'un acteur de la société civile de s'exposer au risque d'être accusé d'essayer d'exercer des pressions déloyales sur un membre. Il convient peut-être d'approcher ces organes de façon ouverte, au moyen, par exemple, d'une demande d'audience adressée à la commission tout entière, ou d'une « lettre ouverte » publiée dans un journal.

4.1.8 Surveillance du processus

La société civile et les médias peuvent jouer un rôle précieux en se tenant à l'écart du processus, surveillant et évaluant son déroulement et son évolution, et formulant des propositions en vue de l'améliorer. Ce rôle peut être d'une grande importance à plus d'un titre. Une surveillance régulière peut servir de base pour établir des rapports réguliers qui fournissent à l'opinion publique des évaluations indépendantes des progrès accomplis. Cette démarche peut s'avérer particulièrement importante lorsque l'organe constituant officiel ne tient pas les citoyens pleinement informés ceci pour plusieurs raisons : ce n'est pas son souci premier, les ressources font défaut, il y a une faute de compréhension de cette nécessité, ou encore car il y a une volonté délibérée de retenir l'information afin que les citoyens soient moins critiques. Une surveillance crédible et régulière assurée par la société civile peut également être utile aux pouvoirs publics et aux constituants en leur fournissant des évaluations indépendantes des progrès accomplis, des résultats obtenus, des attitudes des citoyens à l'égard du processus, etc.

L'exposé qui suit présente des suggestions sur la surveillance exercée par la société civile, à la lumière des enseignements tirés d'un certain nombre de processus.

Établir des relations avec les instances du processus officiel

Pour assurer une surveillance crédible du processus, il est utile d'abord d'identifier les acteurs de la société civile les mieux placés pour établir et maintenir de bonnes relations de travail avec les instances qui gèrent le processus officiel. Il est également utile que certains agents de ces organisations s'emploient à créer ces relations. Parmi les stratégies, on pensera notamment à :

- Veiller à ce que les personnes concernées dans le processus officiel soient au courant de l'existence des acteurs de la société civile en question, de ce qu'ils font et de leur intérêt dans la constitution ;
- Nouer de bonnes relations individuelles avec les personnes clés du processus, aussi bien parmi les gestionnaires que parmi les décideurs ;
- Apprendre à connaître la presse et aller vers les acteurs du processus officiel.

Grâce aux relations nouées, les membres des organes constituants sont plus enclins à fournir des informations. Ils peuvent prendre en compte les points de vue exprimés dans le cadre des rapports de surveillance (y compris des suggestions sur l'amélioration du processus) d'une manière non conflictuelle.

Les hauts responsables politiques et fonctionnaires regardent souvent la société civile avec une certaine suspicion. Dans les pays en développement et les pays en situation de conflit, une lourde suspicion pèse parfois en particulier sur les ONG qui reçoivent des fonds de l'étranger (en raison des craintes qu'elles travaillent pour le compte d'intérêts étrangers). Dans ces cas, il peut être plus difficile d'établir des relations de travail sereines et il peut être judicieux de s'appuyer sur des acteurs de la société civile qui n'ont pas ces problèmes.

Maintenir la pression

La société civile peut constater, de la part de la classe politique, un enthousiasme vis-à-vis du processus constitutionnel, ce qui est probablement un signal appelant à la vigilance. Il peut s'avérer nécessaire de mobiliser du soutien en faveur du processus, d'en assurer la surveillance et de faire du lobbying, pendant le déroulement du processus comme à son démarrage. Des manifestations et autres formes d'action directe peuvent même être nécessaires. Il peut y avoir des risques que la société civile participe à des actions visant à maintenir le soutien en faveur d'un processus. Ces risques incluent :

- L'instrumentalisation de la société civile par des forces politiques pour atteindre des objectifs tout à fait différents, que ce soit en rapport avec le processus ou d'une manière plus générale ;
- L'invocation de troubles graves comme prétexte pour mettre un terme au processus, dans les situations où le processus fait sérieusement polémique.

Le juste milieu entre encouragement et critique

Il est parfois plus facile de critiquer que de faire des éloges. Comme tout le monde, les membres de l'organe constituant finissent par être contrariés par des remarques fréquentes de la société civile et des médias qu'ils jugent négatives et injustes. Si le processus doit être mené à terme avec succès, il peut parfois être important que des membres cruciaux se sentent reconnus et encouragés à poursuivre leur œuvre. Cela peut s'avérer encore plus valable pour ceux qui sont apolitiques, mais même les hommes politiques professionnels peuvent ne pas apprécier d'être constamment critiqués.

Un programme de surveillance efficace

Le terme « surveillance » a différentes significations. Dans ce contexte, nous faisons référence à l'observation et l'enregistrement systématiques de ce qui se fait dans un processus constitutionnel afin d'en évaluer les effets et les résultats. L'une des définitions du terme évaluation est « collecte d'informations pour vérifier l'exécution par rapport à une attente ». L'évaluation peut consister à comparer les effets réels et les résultats par rapport à ce qui était attendu.

De nombreux aspects d'un processus peuvent faire l'objet d'une surveillance et d'une évaluation, tous ces aspects dépendant de ceux qui réalisent le suivi et l'évaluation. Par exemple, les pays et organismes donateurs veulent savoir comment leur argent est utilisé ; les agences des puissances étrangères ayant des intérêts dans le pays ou la région où le processus se déroule voudront suivre son évolution afin de déterminer si des conflits pourraient resurgir et si le pays qui a entrepris d'élaborer sa constitution contribuera à la stabilité régionale. La société civile serait quant à elle intéressée par la surveillance du processus afin d'en évaluer les progrès vers la satisfaction des attentes et besoins des citoyens ordinaires pour lesquels le processus est mené.

Tout programme de surveillance efficace devrait être :

- Étayé par des éléments solides ;
- Systématique ;
- Souple ;
- Constant.

La surveillance doit être étayée par des éléments solides, car l'élaboration de constitution est une entreprise complexe. Il est important de comprendre le processus si l'observation de ce qui s'y passe doit pouvoir servir à quelque chose. En quoi ce qui se passe se rapporte-t-il aux objectifs du processus ? La surveillance d'un processus constitutionnel ne saurait être une entreprise mécanique.

La surveillance doit être systématique en ce sens que les organes qui en sont chargés devraient avoir une stratégie pour collecter les informations. Ils doivent savoir ce qu'ils recherchent.

La surveillance doit être souple, parce que l'élaboration de la constitution sera influencée par toutes sortes de facteurs politiques et sociaux. Les informations peuvent, par conséquent,

provenir de nombreuses sources, certaines inattendues. Il ne faut pas se fier exclusivement aux sources officielles.

La surveillance doit être constante. Parce que les circonstances peuvent changer rapidement, des événements importants peuvent passer inaperçus, à moins que la surveillance ne soit aussi régulière que possible. Au nombre des défis liés à la surveillance d'un processus constitutionnel, on citera :

- Le fait qu'il ne suffit pas de vérifier les faits par rapport aux calendriers (même si cela est important). (La presse se rend parfois coupable de se focaliser presque exclusivement sur les questions de calendrier et de ne pas accorder suffisamment d'attention à la teneur de événements) ;
- Il peut être difficile pour la société civile d'avoir accès aux diverses compétences requises pour mener à bien un programme de surveillance efficace, celui-ci pouvant devoir couvrir de nombreux aspects du processus, y compris : les systèmes électoraux et la gestion des élections, la passation de marchés publics et les finances, les méthodes d'éducation civique et de consultation publique, et les débats sur des questions complexes concernant la teneur d'un projet de constitution ;
- Il ne suffira pas de lire les comptes-rendus officiels ou même les récits de journaux sur ce qui est en train de se faire ; il sera presque toujours important d'assister à des activités telles que les séances de consultation publique, les réunions de la commission constitutionnelle, les assemblées constituantes ou les conférences constitutionnelles, etc. ;
- La surveillance doit aller bien au-delà des comptes-rendus officiels sur le processus, dont certains peuvent ne pas être exacts ; ils peuvent en effet comporter des informations délibérément mensongères. (On sait que même les instituts de sondage sont parfois liés à des intérêts politiques) ;
- Des médias peuvent être dominés par certains partis politiques, intérêts commerciaux ou groupes ethniques.

Il existe un nombre presque infini de possibilités quant à la structure des mécanismes de surveillance et d'évaluation. Un programme de surveillance efficace devrait en principe regrouper plusieurs organisations ; un groupe d'ONG pourrait utilement travailler en collaboration pour contrôler les différents aspects du processus. Il est également possible d'établir des liens avec des entités indépendantes en dehors de la société civile, telles que les organismes gouvernementaux indépendants (par exemple, une commission des droits de l'homme ou un médiateur) ou un média à l'indépendance établie.

S'agissant des tâches, un processus de surveillance mené par la société civile pourrait consister à :

- Observer (et faire des commentaires) si le processus se déroule selon le calendrier officiel ou à un rythme raisonnable et déterminer pourquoi il accuse des retards, le cas échéant ;
- Contrôler les faits – délibérés ou non – qui compromettent la poursuite du processus ;
- Faire preuve de vigilance et attirer l'attention sur ceux qui peuvent prendre le processus en otage ou les éléments perturbateurs – ces groupes ou individus qui pourraient tenter de faire main basse sur le processus afin d'en influencer le résultat à leur propre avantage, ou qui cherchent à enrayer ou détruire le processus ;

- Veiller à ce que les citoyens comprennent quand et comment ils peuvent contribuer au processus ;
- Rester vigilant pour s'assurer que le processus ne fasse pas d'exclus (certains groupes de femmes ont surveillé des processus en vue de garantir l'équité entre les sexes) ;
- Procéder à une évaluation générale pour déterminer si les organes constituants s'acquittent de leur mandat.

Encadré 46. Surveillance exercée par la société civile au Zimbabwe

Le *Civil Society Monitoring Mechanism* (<http://www.cisomm.org>) est un collectif d'une quarantaine d'ONG spécialisées dans la surveillance et l'évaluation de la mise en œuvre de l'accord politique conclu en septembre 2008 entre le parti du président Mugabe, l'Union nationale africaine du Zimbabwe - Front patriotique, et les partis de l'opposition. L'accord prévoyait, entre autres, un processus constitutionnel. Les éléments de référence établis par ce mécanisme de surveillance du Zimbabwe pour assurer le suivi de l'accord étaient les suivants :

- Mise en place transparente et opportune de la commission parlementaire restreinte requise pour conduire le processus ;
- Représentation significative de la société civile, dotée de pouvoirs, dans toutes les sous-commissions dans le but de contribuer au processus constitutionnel ;
- Vastes consultations nationales avec les citoyens et tous les secteurs de la société civile sur tous les processus pertinents et sur le contenu de la constitution ;
- Pleine participation de l'ensemble des acteurs concernés aux conférences constitutionnelles de « toutes les parties prenantes » ;
- Publication en temps opportun du rapport, des recommandations de modification de la constitution et du projet de constitution présenté au parlement ;
- Participation significative des citoyens au moyen d'une campagne publicitaire impartiale et d'une diffusion des débats parlementaires sur le projet de constitution (par la presse écrite et radio/télédiffusée) ;
- Aucune modification de fond du projet de constitution par le parlement qui renierait la volonté du peuple exprimée lors du processus de consultation publique et des conférences de « toutes les parties prenantes ».

Le rapport de mai-juin 2010 établi par le collectif faisait état des progrès réalisés, mais il soulignait aussi quelques écarts inquiétants, comme l'allégation selon laquelle « l'Union nationale africaine du Zimbabwe - Front patriotique aurait lancé l'opération Chimumumu (Opération Silence) où les villageois avaient reçu pour instruction stricte que seul un petit nombre de personnes triées sur le volet apporteraient leur contribution lors des consultations publiques, toutes les autres personnes devant observer le silence. »

Entre autres techniques et méthodes de collecte et d'évaluation des informations pouvant être requises pour effectuer ces tâches, on mentionnera :

- Bien comprendre la structure du processus, son contenu et son calendrier ;
- Étudier minutieusement les informations officielles qui sont rendues publiques – les comprendre et en vérifier l'exactitude ;
- Lire la presse et écouter la radio attentivement (notamment les tribunes libres qui sont devenues des baromètres importants de l'opinion publique dans de nombreux pays et un moyen de communiquer des opinions aux membres des organes constituants) ;
- Réunir les rapports des médias (et d'autres organes) de différentes sources, car une seule source pourrait n'avoir qu'une vue partielle des événements ;
- Collaborer avec les organisations qui formulent des propositions (pour avoir une idée des points de vue qu'ils font valoir et de la suite qui leur a été réservée dans le processus officiel – savoir si le processus a montré un intérêt sérieux pour ces propositions et si les auteurs des propositions sont traités avec respect comme il se doit) ;
- Si les ressources le permettent, faire participer des représentants aux réunions publiques au cours desquelles le processus officiel fournit des informations ou au cours desquelles les citoyens présentent des propositions (essayant de faire en sorte que les préoccupations des citoyens soient prises au sérieux, et cherchant également à comprendre ce que les citoyens pensent du processus constitutionnel et des questions constitutionnelles abordées) ;
- Utiliser les contacts au sein du système pour savoir ce qui se passe réellement.

Pour être efficaces, les résultats de la surveillance et de l'évaluation doivent être communiqués aux constituants et au grand public. Des rapports doivent être établis régulièrement, peut-être au moyen de bulletins d'information, d'un site web ou de reportages médiatiques. Pour que cela se fasse de façon soutenue, sur une longue période, il faut un engagement tant au niveau des individus que sur le plan des ressources. De nombreux groupes de surveillance ont démarré leurs activités avec enthousiasme, mais n'ont pas été en mesure de les mener de façon viable.

On trouvera ci-après quelques exemples d'activités de surveillance menées par des groupes œuvrant en dehors du processus constitutionnel :

- Au Timor-Leste [2002], un groupe de femmes a assuré la surveillance des réunions de l'assemblée constituante et des réunions de consultation publique pour déterminer si le processus intégrait les femmes et prenait en compte leurs préoccupations. Le groupe a formulé des recommandations à l'effet d'améliorer l'équité entre les sexes dans le processus. Il s'est associé aux médias pour informer les constituants des problèmes qui se posaient dans le cadre du processus, mais aussi à une large coalition de groupes de femmes qui a ensuite préconisé une refonte du processus ou des modifications à apporter au projet de constitution, à la lumière des informations fournies par le groupe de surveillance ;
- Au Népal [processus en cours], le personnel du Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme a assisté à quelques réunions organisées par les membres de l'assemblée

constituante en vue de recueillir les opinions des citoyens et il a ainsi été en mesure de faire des observations utiles sur l'organisation de ces réunions et sur leurs limites quant aux personnes qui pouvaient y prendre part (en particulier les femmes) ;

- Au Kenya [2010], la presse a rapporté de nombreuses fausses déclarations colportées par des hommes politiques et des organisations religieuses dans le cadre de la campagne référendaire.

Il est également utile de s'intéresser à des exemples de surveillance efficace exercée par la société civile sur des activités gouvernementales dans des contextes autres que l'élaboration constitutionnelle. Aux Philippines, un programme de surveillance mis en œuvre par la société civile avec la collaboration du gouvernement comme moyen de lutte contre la corruption, a permis de contrôler la production de manuels scolaires et leur fourniture aux écoliers. Ceci a conduit à la réduction de moitié du prix desdits manuels ; la surveillance de matériel d'éducation civique, la radiodiffusion et d'autres dispositifs similaires pouvaient aider à limiter la corruption dans les processus constitutionnels.

4.2 Conseils à l'intention de la communauté internationale

Dans la partie 2.3.12, nous avons recensé les diverses catégories d'entités que recouvre généralement l'expression « communauté internationale » en ce qui concerne les processus constitutionnel et nous avons évoqué la manière dont les organes constitutionnels ou les autres acteurs nationaux peuvent organiser efficacement leurs relations avec la communauté internationale. L'objet des parties 2 et 3 étant de conseiller les acteurs nationaux de ces processus, nous y traitons de la gestion de situations qui impliquent différents types d'intervention de la communauté internationale, notamment le financement du processus, la mise à disposition de conseillers étrangers, par exemple, des experts en matière constitutionnelle et une assistance dans les négociations et la médiation. Ces formes d'intervention sont souvent nécessaires et leur impact est positif. Mais parfois, elles posent des problèmes, par exemple, quand les acteurs internationaux dominent le jeu, quand ils sont trop nombreux à vouloir jouer un rôle, exerçant ainsi des pressions contradictoires sur les acteurs nationaux.

En outre, il y a des situations dans lesquelles des acteurs de la communauté internationale exercent un contrôle encore plus direct sur le processus. En général, dans ces cas, une organisation multilatérale ou un pays particulier, officiellement ou officieusement, mène ou influence lourdement le processus et l'oriente (voir les études des cas de l'Afghanistan, annexe A.1, de la Bosnie-Herzégovine, annexe A.4 et du Timor-Leste, annexe A.11). La communauté internationale agit ainsi surtout dans les situations postérieures au conflit dans lesquelles l'absence d'un État qui joue son rôle amène les organisations internationales ou régionales à servir d'administration de transition, ou lorsqu'un pays plus puissant, avec des intérêts stratégiques dans la région joue un rôle majeur dans la transition politique ou devient une puissance occupante (par exemple, les processus de la Namibie [1990], du Pérou [1992], du Cambodge [1993], de la Bosnie-Herzégovine [1995], du Timor-Leste [2002], de la

République démocratique du Congo [2004], de l’Afghanistan [2004], de l’Irak [2005] et de la Somalie [en cours]).

Mais même lorsqu’un (ou plusieurs) acteurs de la communauté internationale prend la responsabilité de piloter le processus, il y a presque toujours de nombreux autres acteurs internationaux qui interviennent d’une manière ou d’une autre dans le processus. Dans ces cas, les problèmes qui se posent sont presque les mêmes que ceux que l’on rencontre dans un processus conduit par des acteurs locaux.

Dans de nombreux processus dans lesquels les acteurs internationaux exercent un contrôle étendu, on relève des difficultés et des pièges communs, notamment le fait que plus l’influence de la communauté internationale est grande, plus elle compromet l’appropriation du processus par les acteurs nationaux. Comme nous l’avons vu plus haut dans ce manuel, l’absence de leadership national est susceptible de mettre en péril la légitimité du processus constitutionnel et du texte qui en résulte.

Dans cette partie, nous évoquons les problèmes et les écueils rencontrés dans des processus dans lesquels la communauté internationale a joué un rôle majeur. Nous évaluons aussi les orientations qui existent aujourd’hui pour voir dans quelle mesure elles aident à résoudre ces problèmes et éviter ces pièges. Nous terminons par quelques conseils pratiques à l’intention des acteurs internationaux qui interviennent dans ces situations.

4.2.1 Pièges auxquels sont habituellement confrontés les processus dirigés ou fortement influencés par la communauté internationale

Il serait impossible de revisiter ici l’ensemble des processus constitutionnels que la communauté internationale a menés d’une manière ou d’une autre. Il faut simplement noter que, pour chaque cas, les avis divergent quant à l’effet, positif ou négatif, des différentes formes d’intervention. Par exemple, certains analystes estiment que l’implication des États-Unis en Afghanistan a pesé indûment sur le contenu du texte final de la constitution. D’autres jugent que sans cette implication, les différentes factions en guerre ne seraient pas parvenues à un accord à Bonn et que la nouvelle constitution aurait été largement influencée par des seigneurs de guerre sans légitimité populaire, désireux de créer un État islamique plus conservateur que ne le permet le texte finalement adopté. Il y aussi de nombreuses opinions situées entre ces deux-là. En réalité, chaque cas est unique et le rôle de la communauté internationale doit être adapté. Cependant, il existe des pièges qui sont communs à la plupart des situations dans lesquelles la communauté internationale joue un rôle important, officiellement ou officieusement.

Absence d’orientations théoriques ou pratiques pour guider l’assistance constitutionnelle

Les États occupants ou ceux qui exercent une forte influence sur un pays (par exemple, les États-Unis en Bosnie-Herzégovine [1995] et en Irak [2005]) ou les organisations multilatérales

qui se trouvent dans cette même situation (par exemple, les Nations Unies au Timor-Leste [2002] ou l'Union européenne dans certaines parties de l'ancienne Yougoslavie) ont toujours agi de façon ponctuelle et sans se fonder sur des principes directeurs. Cela explique les résultats mitigés obtenus. La réussite ou l'échec dépendent souvent de la qualité du leadership et des décisions prises sur le terrain sans considération suffisante des options possibles et sans une analyse comparative de l'expérience acquise en matière d'assistance constitutionnelle (Brandt 2005).

Par exemple, les Nations Unies ont joué un rôle essentiel dans les processus constitutionnels de la Namibie [1990], du Cambodge [1993], du Timor-Leste [2002], de l'Afghanistan [2004], de l'Irak [2005], du Népal [en cours], de la Somalie [en cours] et du Zimbabwe [en cours] mais dans tous ces pays, elles sont intervenues sans pouvoir s'appuyer sur un point focal ou un département au siège pour les orienter sur le plan théorique, de l'accès aux ressources adéquates et des références aux leçons apprises ailleurs.

Au Timor-Leste (anciennement Timor oriental), le directeur des affaires politiques de l'Administration de transition des Nations Unies a proposé un processus constitutionnel similaire à celui que l'organisation avait mis en place au Cambodge une décennie plus tôt – une affaire de quatre-vingt-dix jours qui excluait la population et même la majorité des constituants et qui fut menée en grande partie en secret (voir l'étude du cas du Timor-Leste, annexe A.11). L'Administration de transition n'avait pas tenu compte de l'évolution grandissante vers des processus plus participatifs qui sont apparus dans la décennie qui a suivi l'expérience cambodgienne. Il n'y avait pas de point focal au siège des Nations Unies qui fut capable de réfléchir aux leçons du Cambodge et aux expériences qui les ont suivies afin de faire ressortir les nouvelles bonnes pratiques. Les délais très courts et le manque de participation populaire véritable figurent probablement parmi les facteurs de la survenue d'un conflit peu après l'adoption de la constitution. Pourtant, ces déficiences dans le processus auraient pu être aisément évitées (Brandt et Aucoin, 2010).

La communauté internationale ne consacre pas le même niveau de ressources, loin s'en faut, à l'appui au processus constitutionnel qu'à d'autres aspects de la consolidation de la paix ou des transitions démocratiques. Ceci reste vrai malgré la nature essentielle du travail constitutionnel dans de nombreux processus de paix et son importance dans la restauration durable de la paix. Le contraste qui existe entre l'appui technique d'une part et l'assistance électorale sur le plan des ressources mises à disposition est instructif. Par exemple, la Division de l'assistance électorale des Nations Unies a été créée pour procéder à l'évaluation des besoins, développer des stratégies opérationnelles pour les composantes électorales des opérations des Nations Unies sur le terrain, gérer une liste d'experts en matière d'élections, analyser les leçons tirées des opérations, documenter et normaliser les bonnes pratiques.

Que la communauté internationale n'ait pas accordé un niveau de priorité similaire à l'assistance constitutionnelle signifie que ses institutions, notamment les Nations Unies, ont très peu appris d'un processus constitutionnel à l'autre. Cela explique la poursuite de l'improvisation et les mauvais résultats enregistrés dans certains processus.

L'imposition de calendriers serrés

Dans certains pays qui sortent de conflit, la transition politique doit être relativement courte pour des raisons liées à la sécurité, à la lassitude des donateurs ou à d'autres impératifs politiques. Les calendriers resserrés ne sont pas toujours la réponse et pourtant, dans les processus fortement institutionnalisés, les délais sont presque toujours trop courts (parfois seulement quatre-vingt-dix jours pour rédiger, discuter et adopter une constitution). Cela s'explique davantage par les cycles de financement et de planification internationaux ou par le souhait de la communauté internationale d'avoir une stratégie de sortie que par les exigences du contexte local. Dans certains cas, le calendrier a été précipité en raison du contexte politique interne d'un autre pays. En Irak, l'administration américaine a forcé la conclusion du processus avant la date des élections aux États-Unis parce qu'elle pensait que l'adoption d'une nouvelle constitution irakienne jouerait en faveur du Président Bush.

À la fin de l'année 2001, un groupe d'acteurs de la société civile au Timor-Leste a adressé une correspondance au Conseil de sécurité des Nations Unies pour déplorer le fait que les Nations Unies précipitaient le processus constitutionnel car elles en souhaitaient la fin rapide et voulaient se dessaisir de leur rôle dans la création du nouvel État. La lettre avançait les arguments suivants :

Une constitution est un document complexe qui incarne les choix fondamentaux relatifs à la forme que revêtirait un Timor-Leste indépendant. Cette constitution doit être un document vivant reflétant la vision que les Timorais ont d'eux-mêmes en tant que peuple, la façon dont ils vivent ensemble et, enfin, après de longs siècles, la façon dont ils se gouverneront eux-mêmes.

Pour cela, les Timorais doivent être informés des choix à faire, de ce qu'est une constitution, et des options qui s'offrent à eux quant aux questions fondamentales. Il leur faut aussi du temps pour réfléchir et débattre afin de se forger une opinion, rechercher le consensus si nécessaire et acter officiellement leurs accords. Tout ceci ne peut se faire en trois mois.

Tous les processus constitutionnels légitimes qui ont eu lieu dans un passé récent [dans d'autres pays] se sont déroulés sur une période de trois à quatre ans. Le processus de consultation publique a duré trois ans en Afrique du Sud. Un processus de trois mois priverait les Timorais de leur droit à contribuer à l'avenir de leur pays et les rendrait étrangers au texte qui est supposé porter leurs aspirations.

Ce manuel souligne que l'élaboration de la constitution peut constituer une opportunité d'entreprendre un processus de réflexion collective et démocratique qui promeuve la réconciliation nationale, la participation citoyenne, l'appropriation de la constitution par les acteurs nationaux, la résolution des conflits et un processus d'élaboration collectif. Dans les sociétés clivées, les situations postérieures au conflit sont très sensibles et la précipitation peut créer un surcroît de polarisation plutôt que de raffermir la paix. Cela arrive notamment

lorsque les acteurs locaux considèrent que la constitution élaborée est le produit de quelques-uns et non un document consensuel qui reflète les aspirations de la communauté dans son ensemble (voir l'exemple du Timor-Leste [2002]).

Une participation citoyenne jugée peu crédible

Il existe plusieurs processus constitutionnels dont le caractère national et « populaire » est reconnu pour avoir contribué à la résolution de conflit et à la consolidation de la paix (Afrique du Sud et Ouganda). Dans ces processus, le temps et les ressources nécessaires ont été consacrés à la création des conditions d'une participation populaire et à la consultation effective des citoyens dont les avis ont été sérieusement pris en compte (voir la partie 2.2). Ce degré d'attention investi dans la consultation et le dialogue avec les citoyens ne se retrouve pas jusqu'à présent dans les processus menés ou fortement influencés par la communauté internationale. Dans la partie 2.2, nous revenons sur les principes et les procédures qui permettent d'assurer un dialogue réel avec les citoyens.

Bien qu'elle affirme souvent que la participation publique est essentielle dans les transitions démocratiques, la communauté internationale impose souvent des délais très courts et des programmes qui empêchent une véritable participation publique dans des contextes fortement internationalisés (par exemple, au Cambodge [1992], en Bosnie-Herzégovine [1994] et au Timor-Leste [2002]). En Irak [2005], ce sont les ONG internationales qui ont, dans une grande mesure, mené le processus consultatif et les milliers d'avis qui ont été recueillis n'ont pu être analysés, en partie en raison de la pression que les États-Unis ont exercée sur les constituants pour que le processus soit finalisé à une date particulière. Les États-Unis affirment que le processus a été participatif mais il a apporté peu d'avancées démocratiques au pays et il pourrait même avoir augmenté la méfiance vis-à-vis des élites gouvernantes et des processus vantés comme « démocratiques ». Lorsqu'un processus est principalement dirigé par des élites ou des hommes politiques (même si cela peut se justifier par la situation politique ou sécuritaire), il est préférable de le dire et de s'en expliquer plutôt que d'affirmer que c'est le « peuple » qui dirige, alors même que les conditions ne sont pas réunies pour cela et qu'il n'y a ni le temps, ni les ressources requises pour mener un véritable processus participatif (voir la partie 2.2).

Restreindre le dialogue aux élites politiques et aux belligérants

Lorsque la communauté internationale intervient à travers des négociations ou un travail de médiation, elle le fait généralement en instaurant le dialogue avec les acteurs qui détiennent les armes ou avec les élites politiques. Mais dans une société divisée, un processus constitutionnel doit promouvoir l'unité nationale, le consensus, la réconciliation et un sentiment national partagé. Cela ne peut se réaliser qu'à travers l'inclusion de tous dans le processus. Plusieurs résolutions du Conseil de sécurité appellent précisément à cela (par exemple, la Résolution 1325 sur les Femmes, actrices de la paix et de la sécurité, demande la pleine participation des femmes à la consolidation de la paix et à la reconstruction après conflit). Le processus constitutionnel peut constituer un important catalyseur pour un travail

de consolidation de la paix qui implique le plus grand nombre au lieu de ne concerner que les élites. Dans la mesure du possible, l'ensemble de la négociation, même dans ses premières phases, doit être aussi participative.

Le cas de la Bosnie-Herzégovine constitue un exemple extrême de processus confisqué par une élite. La Conférence de Dayton et la constitution négociée aux États-Unis qui en est issue sont caractérisées par l'absence de participation du peuple de Bosnie. Celui-ci n'a pas été consulté et n'a pas eu la possibilité de réfléchir au contenu du texte constitutionnel issu de l'accord de paix avant qu'il n'entre en vigueur. L'objectif principal était de mettre fin à la guerre et de réaliser un accord entre les factions belligérantes. Aucun effort n'a été fait pour bâtir une culture de constitutionnalisme ou améliorer la légitimité de l'accord, même à posteriori (voir l'annexe A.4 présentant une étude de cas sur la Bosnie-Herzégovine). Même dans un contexte de conflit violent, il peut exister des moyens d'ouvrir le processus (ne serait-ce que de manière limitée) en appelant les acteurs de la société civile, les leaders communautaires et d'autres à y participer.

Considérer l'élaboration de la constitution comme un travail principalement technique

L'appui international en matière constitutionnelle met souvent plus l'accent sur les aspects techniques de ce travail que sur les dynamiques politiques ou la recherche de la structure qui permettra de tirer parti des opportunités existantes de consolidation de la paix. La communauté internationale a tendance, en particulier, à insister sur la rédaction et le contenu de la constitution plutôt que sur la création des conditions d'une participation publique véritable, de négociations pacifiques, d'implication de la société civile et d'une atmosphère propice au dialogue et à la discussion autour des questions essentielles. Ainsi, dans de nombreux cas, son intervention a surtout consisté à recruter un professeur de droit constitutionnel (souvent sans expérience des situations d'après-conflit) chargé de conseiller les acteurs nationaux. Ce type de démarche a aussi contribué à la tendance que l'on note parmi les experts internationaux à plaider pour des réformes inspirées de leurs propres pays plutôt que d'aider les acteurs nationaux à concevoir des solutions locales à leurs problèmes (voir parties 2.3.6 et 3.4.1). Ce type d'assistance ne permet pas, en outre, de comprendre les nécessités plus générales du processus comme le développement des compétences des acteurs nationaux dans des domaines tels que la négociation, la gestion financière ou la consultation publique.

Des solutions électorales à des problèmes de représentation et de légitimité

La communauté internationale a tendance à accorder une préséance aux organes élus dans les processus constitutionnels postérieurs au conflit, voyant en eux les institutions les plus légitimes pour préparer et adopter une constitution. Pourtant, lorsqu'il s'agit en particulier de premières élections après un conflit, les partis sont souvent très jeunes, fondés sur des bases ethniques ou reposant sur les épaules d'un chef ou d'une personnalité plutôt que porteurs d'idées de contenu constitutionnel. Les groupes marginalisés pendant le conflit ou

plus généralement dans la société (les femmes, les jeunes ou les minorités) peuvent ne pas être représentés dans les partis. Dans ces conditions, s'appuyer uniquement sur des élections pour créer un organe légitime, à même de préparer une constitution qui soit l'expression des aspirations d'un peuple ou de générer un consensus, risque d'être de nul effet. Par conséquent, il y a quelque avantage à s'intéresser à d'autres approches (voir dans la partie 3, par exemple, la mise en place d'une commission constitutionnelle ou d'un organe similaire pour procéder à une large consultation et élaborer un projet de texte qui puisse être examiné en fin de compte par une assemblée élue ou dont les membres pourraient aussi être choisis par le biais de procédures à déterminer) (Brandt 2005 : 30). La communauté internationale doit d'abord réfléchir au but d'un processus constitutionnel dans une société divisée et consulter le peuple afin que soient créés des organes et des processus légitimes, susceptibles de réaliser la vision élaborée.

Au Timor-Leste [2002], le directeur des affaires politiques de l'Administration transitoire des Nations Unies pour le Timor-Leste avait estimé que la seule manière d'assurer la légitimité de la constitution du pays nouvellement indépendant était de veiller à ce qu'elle soit rédigée, débattue et adoptée par une assemblée constituante élue. La société civile et les autres leaders nationaux plaidaient en faveur d'une commission constitutionnelle indépendante chargée de préparer un texte qui soit adopté par une assemblée constituante élue, ce qui constituait à l'époque une démarche en deux phases assez courante et jugée compatible avec le contexte national timorais d'alors. Effectivement, comme d'aucuns l'avaient craint, un parti politique s'avéra dominant au sein de l'assemblée constituante timoraise. Cette domination fit perdre au pays une opportunité de promouvoir un processus inclusif qui encourage un ensemble plus large d'acteurs à participer à la recherche d'un consensus autour de la constitution. La constitution à laquelle l'assemblée parvint fut considérée par beaucoup comme étant la constitution d'un seul parti, et cela fut l'une des raisons qui raviva la violence quelques années plus tard.

En Afghanistan [2004], au contraire, la commission constitutionnelle élaborait un projet de constitution, et ce fut une assemblée élue (la Loya Jirga constitutionnelle) qui fut chargée de l'examiner et de l'adopter en tant que nouvelle constitution. Les Nations Unies avaient conseillé que des sièges soient réservés dans cette Loya Jirga constitutionnelle aux groupes marginalisés. L'inclusion des femmes et des minorités eut un impact certain sur le texte final et leur permit d'obtenir plus de droits constitutionnels (Brandt, 2005 ; voir dans la partie 3.1 divers mécanismes de création d'organes représentatifs).

Absence de développement des compétences des acteurs nationaux et de promotion de l'appropriation du processus par les acteurs nationaux

Un processus qui serait précipité par la communauté internationale dans un contexte postérieur au conflit (dans lequel de nombreux acteurs nationaux instruits ont fui le pays) mène souvent à une situation dans laquelle les conseillers techniques internationaux prennent à leur compte certains aspects du travail au lieu de trouver les acteurs nationaux capables de mener le jeu. En 2010, en Somalie, les Nations Unies ont imposé un délai de

soixante jours à des commissaires constitutionnels inexpérimentés pour produire un projet de constitution, les obligeant à s'appuyer lourdement sur l'expertise étrangère pour respecter le délai. Au Timor-Leste [2002], les acteurs internationaux furent sollicités pour diriger le secrétariat de l'assemblée constituante plutôt que de développer les compétences des acteurs nationaux à faire ce travail.

Un processus précipité limite aussi les opportunités de renforcement de compétences et de formation auxquels peuvent accéder les acteurs nationaux pour pouvoir remplir leurs fonctions efficacement. Il en résulte de faibles résultats et des opportunités manquées d'accroître les compétences des acteurs nationaux à mener et à organiser les activités démocratiques essentielles. Par exemple, des éducateurs civiques bien formés peuvent, plus tard, faire un travail de sensibilisation des électeurs. Les problèmes que pose plus généralement le recours à des conseillers étrangers sont traités dans les parties 2.3.6 et 3.4.1.

« L'appropriation par les acteurs nationaux » d'un processus et la constitution qui en naît ne sont pas l'affaire seulement de l'État et des élites politiques. L'appropriation doit être le fait du peuple plus généralement. Dans une situation postérieure au conflit, les représentants légitimes de ce peuple peuvent être peu nombreux. Il convient donc, dès les premières phases du processus, de s'efforcer de comprendre les besoins et les aspirations du peuple et en tenir réellement compte dans la démarche suivie. Une grande diversité dans les contributions des acteurs du processus permet d'améliorer les chances de voir émerger un consensus sur la voie à suivre.

Assistance ou implication prenant fin avec l'adoption de la constitution

Pour donner vie à la constitution, il importe d'être très attentif à sa mise en œuvre une fois qu'elle a été adoptée (voir la partie 2.7.2). Le financement, les ressources et l'assistance (pour autant qu'elles promeuvent l'appropriation par les acteurs nationaux) resteront nécessaires après l'adoption pour encourager les acteurs nationaux à faire appliquer le texte et à soutenir l'instauration d'une culture du constitutionnalisme. Cependant, il faut noter que jusqu'à maintenant, là où la communauté internationale a joué un rôle dominant dans le processus constitutionnel, elle n'a pas vraiment montré qu'elle avait compris la nécessité de maintenir son assistance dans la phase de mise en application.

4.2.2 Conseils d'actualité pour la communauté internationale

Il existe peu de formations spécifiques pour les acteurs internationaux en matière d'assistance au processus constitutionnel. En outre, peu d'acteurs internationaux ont analysé les résultats de leur travail dans ce domaine. Les Nations Unies sont une exception à cet égard. Elles ont diligenté un rapport sur le travail d'assistance constitutionnelle qu'elles ont effectué (Brandt, 2005) et à la fin de l'année 2005, les participants à une conférence de haut niveau ont examiné l'expérience de l'organisation dans l'appui aux processus constitutionnels. Ils ont conclu que si les Nations Unies ont fourni une assistance sous diverses formes à ces processus, les résultats sont mitigés. De plus, cette assistance a été caractérisée par une improvisation certaine. Ils ont recommandé que les Nations Unies mettent en place une

formation théorique et établissent une structure centrale chargée d'assurer la coordination de leur travail d'assistance constitutionnelle de l'organisation. Ils ont souligné que l'expertise constitutionnelle se trouve principalement hors du système des Nations Unies et qu'il était, par conséquent, important pour celles-ci de conclure des partenariats. Ils ont aussi convenu qu'une note d'orientation à l'échelle de l'ensemble du système devrait être adoptée et une fonction de coordination de l'assistance constitutionnelle créée.

En 2009, le Secrétaire général a diffusé une note d'orientation relative à l'assistance des Nations Unies aux processus constitutionnels. Cette note fournit des principes directeurs et un cadre pour l'assistance onusienne et souligne que lorsqu'elle est sollicitée par des autorités nationales, elle doit obéir aux principes suivants :

- Saisir l'opportunité de consolidation de la paix que constitue ce processus dans les pays qui vivent un conflit ou en émergent ;
- Promouvoir le respect des normes et règles internationales ;
- Reconnaître que l'élaboration de constitution est « un processus national souverain et que pour réussir, ce processus doit avoir un caractère national dans sa définition et sa direction » ;
- Promouvoir « un processus constitutionnel inclusif, participatif et transparent » ;
- Fournir, si nécessaire, une expertise étendue, interne et externe au système des Nations Unies ;
- Promouvoir un suivi approprié après l'adoption de la constitution.

Cette note désigne aussi le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, appuyé par l'Unité état de droit, comme mécanisme de coordination de l'assistance constitutionnelle des Nations Unies, avec les responsabilités suivantes :

- Assurer la cohérence et la formulation des politiques ;
- Documenter les expériences des Nations Unies ;
- Bâtir une capacité institutionnelle et rassembler les enseignements tirés ;
- Mobiliser et coordonner les différents départements et institutions des Nations Unies appelées à fournir l'assistance constitutionnelle ;
- Mener un processus consultatif pour développer la politique des Nations Unies en matière d'assistance constitutionnelle.

À ce jour, le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit n'est pas doté des moyens de mise en œuvre de ce mandat. Les auteurs ne connaissent pas non plus d'autre mécanisme similaire d'orientation de l'assistance constitutionnelle mis à la disposition des membres de la communauté internationale. La note d'orientation constitue un premier pas significatif qui permettra à terme à la communauté internationale de comprendre l'importance du processus d'élaboration de constitution et les principes généraux auxquels il doit obéir.

Conseils pratiques

Ce manuel examine divers aspects des processus constitutionnels et offre des conseils pratiques très précis concernant les principes importants que sont la participation, l'inclusion (notamment la pleine participation des femmes) et l'appropriation par les acteurs

nationaux. Ces conseils ne sont en fait que de brefs rappels d'idées déjà examinées en profondeur. Cependant, un accent particulier est mis sur ce qui peut permettre aux acteurs internationaux, dans les processus dans lesquels ils sont appelés à jouer un rôle de premier plan, d'améliorer leurs modes d'intervention et de réduire le risque d'être confrontés aux problèmes et pièges évoqués plus haut :

- Être à tout moment conscient du fait que l'élaboration constitutionnelle est un processus souverain et profondément politique ;
- Tâcher de promouvoir une participation publique réelle, l'inclusion et l'appropriation par les acteurs nationaux du processus et éviter d'imposer des conditions telles que des calendriers artificiels et difficilement tenables qui obéissent aux intérêts des acteurs internationaux mais qui sapent la nécessaire nature participative, inclusive et nationale du processus ;
- Prendre le temps, lorsqu'une demande d'assistance est faite, de comprendre la complexité politique ainsi que les nécessités en matière de logistique et de ressources d'un processus et veiller à ce que l'assistance soit adaptée, promeuve les principes démocratiques, ne marginalise pas les acteurs nationaux et soit bien coordonnée afin que soient évités des problèmes tels que le double emploi et le gaspillage de ressources ;
- Ne pas financer ou soutenir des processus qui se disent « au service du peuple » mais qui ne réunissent pas les conditions qui leur permettraient d'être participatifs (par exemple, avec un cadre politique qui ferait la part belle à la classe politique, un manque de volonté de la part des dirigeants de dialoguer avec les citoyens, des insuffisances en matière de sécurité qui empêchent la libre expression ou la rareté de médias indépendants). La communauté internationale risque autrement de légitimer un processus qui est manipulé par une élite réduite et qui exclut le peuple ;
- Ne pas perdre de vue le fait que le principe d'« appropriation par les acteurs nationaux » exige non seulement que les acteurs nationaux mènent le processus, mais aussi que la société civile et les citoyens de manière générale accèdent à l'opportunité de « s'approprier » le processus et son résultat. Cela signifie que le dialogue doit être maintenu à toutes les étapes du processus, même dans ses premières phases, au moment de sa conception ;
- Les acteurs internationaux doivent être attentifs à ne pas marginaliser les acteurs locaux. Le calendrier doit être réaliste afin de leur permettre de se préparer à jouer leur rôle efficacement (avec une assistance technique internationale en cas de besoin) ;
- Évaluer les compétences locales avant que n'interviennent des experts et conseillers étrangers. Ces derniers devraient, dans le cadre de leurs termes de référence, assurer le renforcement des compétences locales selon les nécessités et les besoins exprimés ;
- En fournissant des conseils relatifs à la structure du processus, envisager les mécanismes, notamment électifs, qui permettront d'asseoir un processus constitutionnel auquel participeraient des institutions représentatives de la diversité du peuple autant que possible et qui permettrait à toutes les compétences de s'exprimer. Le mode de nomination ou de sélection de ces délégués doit être transparent et, si possible, participatif ;
- Aider à créer les conditions d'un processus participatif et délibératif qui permette de tirer profit des opportunités de consolidation de la paix.

Annexe A : Études de cas

La présente partie porte notamment sur des études de cas sommaires qui font apparaître la diversité des expériences en matière de processus d'élaboration d'une constitution. Ces cas donnent un aperçu des diverses étapes : les raisons de la préparation d'une nouvelle constitution, la durée du processus, le type d'institution et de procédure (référendaire et autres) mis à contribution, le caractère largement participatif ou non du processus, le degré d'implication de la communauté internationale et l'aboutissement ou non du processus à une constitution qui a été adoptée. Les cas ont été choisis de façon à respecter un équilibre géographique, et à illustrer la diversité des objectifs constitutionnels, des situations, des tâches, des institutions, de la participation de groupes externes et des résultats obtenus.

Ces études de cas sont rapportées pour aider le lecteur à divers égards. De nombreux exemples de tâches, d'institutions, de dispositifs et de dilemmes sont certes cités dans ce manuel, mais nous reconnaissons qu'ils ne sont pas structurés de sorte à fournir au lecteur une idée précise de la manière dont ces institutions, processus et tâches opèrent en symbiose. Il se peut que le lecteur ressente le besoin d'avoir un aperçu de certains processus en particulier. Les études de cas montreront comment ces éléments ont été combinés.

En outre, certains des exemples pays qui sont cités dans le manuel pour illustrer des points particuliers sont tirés des études de cas de l'annexe A. En se référant à l'étude de cas en question, le lecteur pourra comprendre la structure globale du processus mis en place dans ce pays.

A.1 Afghanistan [2004]

Au bout de vingt-trois années de conflit interne, la chute des Talibans donna l'occasion de forger un nouveau consensus au sein des Afghans en faveur de la reconstruction de l'État. L'une des premières étapes fut la Conférence de Bonn de 2001 qui, sous l'égide des Nations Unies, réunit quelques factions politiques pour convenir de la transition politique. Bien que la Conférence de Bonn ait laissé de côté des acteurs clés, la transition politique gagna progressivement en représentativité. La communauté internationale manifesta un grand intérêt et eut beaucoup d'influence sur le façonnage du processus et la création d'un État démocratique, en partie grâce à la détermination apparente de l'Afghanistan à « combattre le terrorisme ».

Selon les termes de l'Accord de Bonn du 5 décembre 2001, l'Administration provisoire afghane devait mettre en place une commission constitutionnelle en vue de préparer un projet de constitution qui allait être débattu et adopté par une Loya Jirga constitutionnelle. Une session de la Loya Jirga constitutionnelle devait être convoquée dans les dix-huit mois suivant la création de l'Administration provisoire afghane. L'Accord de Bonn ne fixait aucun délai pour l'adoption de la constitution, ne prévoyait pas comment les membres des organes constitutionnels devaient être élus ou choisis, et ne donnait aucune indication sur le rôle

des citoyens. L'Administration provisoire afghane, sous la direction du Président Karzai et de son gouvernement, ajouta un organe constitutionnel à la structure du processus. En octobre 2002, un comité de rédaction composé de neuf personnes était créé pour préparer un projet de constitution, avec un secrétariat pour l'épauler dans sa tâche. Six mois après le démarrage du calendrier de dix-huit mois fixé pour le processus, le comité remit au Président Karzai un projet similaire en bien des points à la constitution de 1964. Le comité de neuf membres avait mené l'essentiel de ses travaux à huis clos. La société civile et d'autres se méfiaient de ce processus dont ils se sentaient exclus. En partie pour y remédier, une commission constitutionnelle plus représentative de trente-deux membres fut mandatée pour entreprendre des campagnes d'éducation civique et des consultations publiques dans chacune des provinces de l'Afghanistan et au sein de la diaspora.

Le secrétariat fut élargi pour lui permettre d'assister la commission, et des services supplémentaires furent créés : logistique, information et technologie, relations avec la presse, éducation civique, consultation publique, recherche et traitement des données, protocole. La commission installa des bureaux dans l'ensemble des huit régions du pays ainsi qu'en Iran et au Pakistan. Le secrétariat œuvra en partenariat avec la société civile, qui se mit en contact avec environ mille six-cents responsables locaux pour sensibiliser toutes les provinces au processus et aux questions constitutionnelles les plus importantes. Les médias furent également sollicités, y compris la radio et la presse écrite. Malgré l'envergure nationale de la campagne, la brièveté du délai en limita l'impact.

Du 8 juin au 20 juillet 2003, les commissaires se constituèrent en équipes de trois (deux hommes et une femme) qui sillonnèrent chacune des régions afghanes, l'Iran et le Pakistan pour des consultations publiques avec les acteurs clés : les femmes, les chefs religieux, les paysans, les jeunes et les anciens des villages. Plus de quinze mille citoyens firent des suggestions verbales et une centaine de milliers d'avis furent recueillis à travers des questionnaires. Cependant, la commission n'était pas indépendante et le Président Karzai et son gouvernement décidèrent du contenu de la mouture finale sans tenir compte de l'opinion du peuple. Contrairement à bien des processus d'élaboration de constitution, le secrétariat resta fonctionnel pour mener une campagne d'éducation civique pendant trois mois sur le contenu de la constitution adoptée.

La Loya Jirga constitutionnelle révisa légèrement le document après des négociations avec les factions clés, les groupes précédemment exclus et la communauté internationale – principalement les Nations Unies et les États-Unis. L'organe était composé de 502 membres, à savoir :

- 52 experts désignés par le président, dont 25 femmes en principe ;
- 344 délégués élus par les quelque 18 000 représentants de l'ancienne Loya Jirga d'urgence ;
- 24 élus parmi les réfugiés d'Iran et du Pakistan, 64 femmes élues par les groupements de femmes (2 femmes par province), 9 Kochis élus (tribus nomades), 6 élus parmi les personnes déplacées internes de trois provinces ; et 3 élus parmi les Hindous et les Sikhs.

Cette combinaison de procédures électives et nominatives aboutit à un organe assez représentatif, et les quotas réservés aux femmes, aux minorités et aux groupes marginalisés

comme les personnes déplacées internes permirent de promouvoir leurs droits dans la mouture finale de la constitution (grâce au soutien des États-Unis et des Nations Unies). Bien que la procédure ait été formulée de manière à écarter un tant soit peu les seigneurs de guerre influents, quelques-uns d'entre eux furent élus et pesèrent de tout leur poids dans la Loya Jirga constitutionnelle, allant parfois jusqu'à réduire au silence les voix opposées aux leurs. D'intenses tractations eurent lieu en privé, surtout parmi les seigneurs de guerre.

L'ambassadeur des États-Unis en Afghanistan ainsi que les Nations Unies mirent en avant les principes constitutionnels non-négociables et ceux-ci furent appliqués par la Loya Jirga constitutionnelle. Ils profitèrent également de leur position pour amener les membres à s'entendre sur un projet de document. Le 4 janvier 2004, le projet de constitution fut approuvé presque à l'unanimité par les membres de la Loya Jirga constitutionnelle. Le Président Karzai le signa et le promulgua le 26 janvier 2004.

A.2 Bénin [1990]

Le Bénin (Afrique occidentale) était une colonie française de 1893 jusqu'à son indépendance en 1960, date à laquelle il fut baptisé République du Dahomey et demeura dans la communauté française. La vie politique fut émaillée de coups d'État militaires entre 1962 et 1972, le dernier en date ayant porté au pouvoir le Général Mathieu Kérékou qui resta président jusqu'en 1990. Kérékou instaura le marxisme-léninisme et le parti unique. En 1975, le pays changea de nom et devint la République populaire du Bénin.

Au cours de la seconde moitié des années 1980, une grave crise budgétaire et politique rendit le Bénin ingouvernable. En 1989, les institutions financières s'étaient effondrées, les fonctionnaires n'avaient pas été payés depuis des mois, l'inflation avait atteint des niveaux record et les grèves de fonctionnaires se multipliaient. En novembre, une grève généralisée menaçait de paralyser le pays tout entier. En milieu d'année, des demandes de réforme furent présentées par des dirigeants de l'opposition modérée au Président Kérékou, qui les rejeta. Il resta néanmoins en relation avec ces dirigeants et attira l'un d'eux (Robert Dossou) dans son gouvernement où celui-ci joua par la suite un rôle important dans la coordination de la transition. En décembre 1989, Kérékou tenta de réduire la pression en annonçant la fin du marxisme-léninisme et son acceptation du multipartisme. Sous une forte pression de la France, il annonça également la création d'une commission ministérielle dirigée par Dossou et censée organiser une assemblée de « toutes les forces vives de la nation et de toutes les sensibilités politiques. » Dossou prépara des projets d'assemblée délibérante inclusive et le 27 décembre, le Président Kérékou lança un appel public à propositions sur les voies et moyens de reconstruire le pays. Sept volumes de réponses furent présentés plus tard à la conférence nationale. Une commission préparatoire dirigée par Dossou et composée de membres du gouvernement et de l'opposition décida de l'ordre du jour de la conférence et convint des principes de base devant être respectés dans une nouvelle constitution. Cet organe fit office de table ronde (voir partie 3.2.2) et contribua de manière significative au succès de la conférence en assurant un minimum d'entente entre les principaux opposants

avant le démarrage des travaux. Bien que réticent aux réformes, le président soutint le processus de bout en bout.

Environ 488 personnes prirent part à la conférence nationale. À peu près 10 pour cent des sièges étaient réservés aux partisans du gouvernement et cinquante-deux «tendances politiques» étaient représentées. Il s'agissait notamment de syndicalistes, de fonctionnaires, d'étudiants, de groupes religieux, de producteurs agricoles et de Béninois de la diaspora. Des représentants de missions diplomatiques et d'institutions financières internationales étaient également présents. La grande majorité des délégués venait de la classe politique et de l'élite instruite, contrairement aux déclarations selon lesquelles la conférence réunissait toutes «les forces vives de la nation». La conférence ne dura que dix jours (du 19 février au 28 février 1990), mais grâce aux accords préalablement conclus par la Commission Dossou, elle put abattre un travail considérable. Ses délibérations furent diffusées en direct à la télévision et à la radio et elle fit l'objet d'une large couverture médiatique internationale. Elle délibéra sur les sept volumes d'opinions recueillies auprès des citoyens. Elle statua sur les éléments principaux à intégrer dans une nouvelle constitution. L'un des premiers actes qu'elle posa fut de se déclarer souveraine, puis elle entreprit de créer une constitution de transition, de dissoudre les corps législatif et exécutif en place, de désigner les membres de la législature de transition (le Haut Conseil de la République) et de l'organe exécutif de transition, d'adopter des projets d'élections pluralistes et de charger le Haut Conseil de rédiger la mouture définitive de la constitution. Le président accepta la déclaration de souveraineté en échange d'une amnistie pour tous ses crimes éventuels. La décision de pardonner aida la conférence à focaliser son attention sur l'avenir au lieu de se demander quels châtiments infliger pour des méfaits passés.

Les travaux de la conférence se sont déroulés essentiellement en commissions, la plus importante étant la Commission des affaires constitutionnelles qui a préparé l'avant-projet de constitution qui a été soumis au Haut Conseil au sein duquel le travail de rédaction a été principalement effectué par un comité de rédaction de la constitution. Par accord préalable, ce dernier organe comportait cinq membres de la Commission des affaires constitutionnelles ainsi que dix membres nommés par le Haut Conseil. Au bout de plusieurs mois de travail, le projet de constitution fut prêt à la fin de l'année 1990 et adopté par le Haut Conseil sans que le consensus n'ait pu se faire sur deux questions majeures. L'une d'elles concernait la force de l'exécutif, la majorité des membres du Haut Conseil penchant pour un président fort et les autres préférant un système semi-présidentiel (position privilégiée par l'ancien président). L'autre question sujette à controverse concernait la limitation de l'âge du président, le Haut Conseil étant limité à 40 ans minimum et 70 ans maximum, ce qui aurait exclu certains candidats potentiels. C'est par référendum que ces questions furent réglées pour l'adoption de la constitution. Les votants reçurent le projet de constitution comportant aussi bien le critère de l'exécutif fort que le critère d'âge, et durent faire leur choix entre trois bulletins de vote :

- Un bulletin blanc signifiant « Oui » à la constitution dans son ensemble ;
- Un bulletin vert signifiant aussi « Oui » mais sans limitation de l'âge présidentiel ;
- Un bulletin rouge signifiant « Non » et donc en faveur du système semi-présidentiel.

Le référendum eut lieu le 2 décembre 1991 et se solda, comme le montrent les chiffres ci-après, par une très grande adhésion au projet de constitution prévoyant des limites d'âge pour la fonction présidentielle :

- Blanc, 73,3 pour cent ;
- Vert, 19,9 pour cent ;
- Rouge, 6,8 pour cent.

La constitution fut donc adoptée et des élections législatives eurent lieu en février 1992. Les deux tours de l'élection présidentielle requis pour obtenir une majorité absolue pour le vainqueur, conformément à la nouvelle constitution, eurent lieu en mars 1992.

A.3 Bolivie [2009]

En 2005, un autochtone fut élu pour la première fois président de Bolivie et s'attela très vite à honorer sa promesse d'une nouvelle constitution à travers une assemblée constituante. L'assemblée comprenait 255 membres (qui ne pouvaient être ni ministres, ni députés, ni responsables de la fonction publique, ni fonctionnaires) élus en 2006. Les candidats devaient être cooptés par un parti politique ou une organisation de la société civile, ou représenter un groupe autochtone. Dans les soixante-dix circonscriptions géographiques, les trois personnes ayant obtenu le plus de voix furent élues – mais si elles appartenaient toutes au même parti, ce parti ne pourrait obtenir que deux membres et le candidat ayant le plus de suffrages dans un autre parti serait choisi. Il y avait aussi neuf circonscriptions plus vastes qui élurent chacune cinq candidats. Le parti arrivé en tête du scrutin obtint deux sièges et les trois partis suivants en obtinrent un chacun. Certaines exigences en matière d'équilibre des genres avaient été prévues pour chaque liste de candidats, mais elles n'étaient pas de nature à garantir la présence d'une certaine proportion de femmes à l'assemblée (au bout du compte, les femmes ne représentèrent qu'un tiers de l'effectif). Les petits groupes étaient exclus de ce processus. Le parti du président (le *Movimiento al Socialismo*, à savoir le Mouvement pour le Socialisme ou MAS) obtint une courte majorité.

L'assemblée constituante siégea à Sucre, l'ancienne capitale. Il y avait une session parlementaire distincte à La Paz. L'assemblée constituante eut un délai de six mois à un an pour s'acquitter de sa tâche, mais elle dut prolonger de plusieurs mois ce délai, essentiellement parce qu'il fallut plusieurs mois pour adopter les règles de procédure. Le principal point d'achoppement concernait les conditions de vote pour les décisions sur les articles de la nouvelle constitution. L'assemblée opta pour un vote à la majorité des deux tiers, plus un référendum.

La loi portant sur la création de l'assemblée constituante stipulait que les membres pouvaient s'exprimer dans les langues indigènes. Les sessions plénières de l'assemblée devaient être publiques.

Chaque membre devait appartenir à l'une des vingt-et-une commissions sur les questions de fond, chacune d'elles traduisant les préoccupations des membres de l'assemblée constituante.

Les commissions étaient mandatées pour recueillir l'avis du peuple, et donc pour sillonner le pays à cet effet. Les commissions dont les recommandations se recoupaient tenaient des réunions mixtes pour régler les problèmes. Les commissions furent lentes à démarrer mais certains membres se sont tout au moins déplacés pour recueillir des points de vue et ils soumièrent par la suite leurs propositions aux citoyens. Quelques cas de participation publique enthousiaste furent rapportés.

Une commission de l'assemblée constituante devait produire un projet sur la base des propositions des commissions, mais un projet préparé (quelque peu secrètement) par le MAS sortit en novembre 2007. Un mois plus tard, un projet fut adopté au cours d'une réunion qui devait se tenir en dehors de Sucre, qui était secouée par des troubles. Les membres de l'opposition y étaient absents pour la plupart et les voix « pour » ne représentaient pas tout à fait les deux tiers.

En février 2008, le MAS envoya le projet au Congrès et demanda que soit soumise à un référendum une question relative à la taille maximale des propriétés foncières ; c'était une manœuvre pour faire adopter la constitution. Aucun recours à la Cour constitutionnelle n'était possible car le Congrès avait voté la mise en accusation de plusieurs juges qui avaient démissionné, créant ainsi une panne de quorum. C'était là le second référendum sur un point spécifique ; le premier avait porté au début du processus sur l'autonomie régionale désirée par les régions dominées par des groupes non autochtones. Ceux-ci avaient perdu.

Une fois le projet adopté, le document intégral fut soumis à la population. Il fut adopté, le peuple ayant voté pour et contre à peu près dans les mêmes proportions qu'il l'avait fait en 2006 pour le MAS ou l'opposition.

L'ensemble du processus fut relativement âpre et clivant ; il fut marqué par des manipulations et des décisions illégales, mais aussi d'un énorme enthousiasme de la part des groupes autochtones.

A.4 Bosnie-Herzégovine [1995]

La communauté internationale a joué un rôle de premier plan dans les processus de cessation des hostilités et d'élaboration de la constitution en Bosnie-Herzégovine. Les territoires qui constituent aujourd'hui la Bosnie-Herzégovine étaient la scène de tueries violentes et cruelles. Deux des communautés ethniques – les Serbes et les Croates – étaient aidées par leurs congénères en Serbie et en Croatie qui leur fournissaient des armes et avaient tout intérêt à maintenir le désordre dans les Balkans. La communauté la plus soucieuse d'un règlement pacifique, les Bosniaques, était la moins apte à mobiliser des armes pour une campagne soutenue et bénéficiait d'un soutien extérieur limité. Les ambitions personnelles des responsables serbes et croates, conjuguées aux intérêts stratégiques de la Serbie et de la Croatie laissaient très peu de chances à la paix et à une élaboration de la constitution en interne. Par ailleurs, l'Union européenne et les États-Unis avaient de bonnes raisons politiques et militaires de mettre fin à la guerre et d'installer une entité stable dans ces territoires.

Doutant de la volonté des responsables locaux ou de leur capacité à négocier la paix et une nouvelle constitution pour ce qui était fondamentalement un nouvel État, les États-Unis prirent l'initiative en 1995 d'initier un processus de règlement. Leur stratégie était fondée sur le rôle déterminant de la communauté internationale et la participation des dirigeants de Serbie et de Croatie. Ainsi, une forte délégation américaine composée de hauts responsables politiques, militaires et administratifs s'engagea dans un ballet diplomatique, se rendant dans des capitales clés d'Europe ainsi que dans les Balkans, pour promouvoir des négociations sur un ensemble d'idées visant à mettre fin à la guerre, à faire face à ses conséquences (le déplacement des populations et le retour des réfugiés) et à structurer le gouvernement du nouvel État au moyen d'une nouvelle constitution. La cessation des hostilités et l'élaboration constitutionnelle étaient considérées comme faisant partie intégrante du processus. Dans une très large mesure, cela signifiait que ceux impliqués dans la guerre, les populations locales et les voisins, allaient y jouer un rôle de premier plan et que la dimension ethnique allait donc occuper une place importante dans les négociations et l'issue du processus.

Après avoir obtenu un consensus, notamment sur le cessez-le-feu, les États-Unis passèrent à des pourparlers de proximité afin de dégager le terrain pour une conférence de paix dans une base aérienne à Dayton, en Ohio. La conférence de paix eut lieu entre le 1er novembre et le 21 novembre 1995. Les Nations Unies et l'Union européenne y furent fortement représentées. D'autres organismes internationaux, dont la Banque Mondiale, étaient également présents. Cependant, il était évident que la conférence était pilotée par les États-Unis, vu leur forte délégation et le site d'accueil de la rencontre. Le fait de tenir la conférence à Dayton permettait aux États-Unis de contrôler la participation publique et l'ordre du jour, et ils désignèrent le dirigeant de la Serbie, négociateur pour les Serbes de Bosnie et Tudjman, chef du gouvernement croate, négociateur pour les Croates de Bosnie. Le fait de ne réunir que des groupes politiques à Dayton, eut pour conséquence – compte tenu de leurs penchants ethnocentriques – de structurer l'État sur des bases ethniques.

Le secret fut exigé et rigoureusement observé au cours des négociations (c'était avant l'omniprésence des téléphones cellulaires) ; celles-ci furent « réussies » et aboutirent au Cadre général de paix en Bosnie et Herzégovine (également appelé les Accords de Dayton). Il s'agissait de onze annexes portant sur diverses questions parfois imbriquées (droits humains, maintien de la paix, retour des réfugiés, élections, etc.). L'annexe 4 contenait la constitution. La constitution entra en vigueur à la signature de l'accord par la République de Croatie, la République fédérale de Yougoslavie (fondamentalement la Serbie) et la République de Bosnie et Herzégovine (dominée alors par les musulmans). Aucune adoption supplémentaire n'était nécessaire même si elle fut soumise aux assemblées des deux entités fédérales – la Fédération de Bosnie et Herzégovine et la République Serbe de Bosnie – pour obtenir leur adhésion.

Le processus fut hâté et il n'y eut aucune contribution de la population de Bosnie ; leurs dirigeants furent complètement mis à l'écart. James O'Brien note que cette procédure a été établie pour mettre fin à la guerre plutôt que pour élaborer la constitution : elle n'a été ni participative ni représentative et n'a pas laissé de temps pour des débats raisonnés. Il soutient toutefois que les résultats sont probablement plus démocratiques et durables que ceux que

les Bosniaques eux-mêmes auraient pu se donner à la fin de la guerre. La mise en œuvre aurait exigé un engagement extérieur continu et, de ce fait, des problèmes seraient survenus à chaque étape (c'est à O'Brien 2010 que nous devons l'essentiel de cette étude de cas).

A.5 Inde [1950]

L'Inde est devenue indépendante en 1947 au bout de deux cents ans de colonisation. Elle ne formait auparavant pas une entité unique mais était gouvernée indirectement sous forme d'États princiers ou directement sous forme de provinces des « Indes britanniques » (et quelques colonies de la France et du Portugal qui ne firent pas partie de l'indépendance de 1947). Une loi de 1935 a mené à la création du Gouvernement de l'Inde, qui s'appliquait aux colonies mais pas aux États princiers, et qui était une sorte de constitution fédérale. Des agitations secouaient depuis des années le pays qui revendiquait non seulement son indépendance mais aussi une assemblée constituante. L'assemblée constituante vit le jour fin 1946.

Parallèlement au déclin du régime colonial et à la mise en place de l'assemblée constituante, la question du Pakistan a été soulevée. En préparant l'assemblée constituante, l'on supposait que l'Inde serait un pays unifié – certes, avec un fédéralisme souple – et que les diverses entités seraient traitées différemment. Déjà au moment de l'investiture de l'assemblée constituante, l'unité se relâchait et la plupart des membres musulmans n'y ont jamais pris part. À l'arrivée du mois d'août 1947, la décision avait été prise de faire du Pakistan un pays distinct et les divers États princiers, à l'exception du Cachemire, avaient accepté de rejoindre la Fédération indienne sur la même base que les colonies.

Les membres de l'assemblée constituante furent élus au suffrage indirect, pour la plupart par les assemblées provinciales fraîchement élues. L'effectif initial était de 389 membres, mais seulement 207 membres étaient présents à la session d'ouverture (sans la plupart des membres musulmans et des représentants des États princiers) ; la Partition menaçant, l'effectif fut ramené à 318 et la fusion des États princiers amena d'autres changements. À l'issue du processus, il y avait 303 membres réels (et un État n'a jamais envoyé ses 16 membres). Le processus fut relativement long à se mettre en place à cause de toute la question de la partition.

Les préparatifs avaient commencé à l'avance et le parti dominant, le Parti du Congrès, préparait des plans pour l'administration de l'assemblée constituante et rédigeait diverses propositions de structure constitutionnelle.

Immédiatement après sa première réunion, l'assemblée constituante adopta une « Résolution relative aux objectifs » qui définissait les principes de base tels que les pouvoirs conférés par le peuple, un système d'entités autonomes (la préférence allait à « l'union », pas la « fédération »), l'égalité, la liberté d'expression et de conscience, ainsi que des protections pour les minorités et les groupes défavorisés.

En mars 1947, le juriste recruté en qualité de conseiller constitutionnel de l'assemblée constituante fit parvenir un questionnaire (comportant des exemples de dispositions tirés d'autres constitutions) à tous les législateurs, sollicitant leurs avis sur la structure

du gouvernement national. Ayant reçu peu de réponses, le conseiller prépara son propre document de travail, essentiellement un avant-projet de constitution, qu'il soumit à la Commission chargée de la constitution de l'Union et un autre document similaire qu'il adressa à la commission chargée de la constitution des Provinces. Dans les exemples cités dans ses documents, le conseiller constitutionnel s'était inspiré des constitutions de l'Australie, de l'Autriche, du Canada, de l'Irlande, de l'Afrique du Sud, de la Suisse, du Royaume-Uni, des États-Unis et de l'URSS, ainsi que de la Loi portant création du Gouvernement de l'Inde elle-même.

L'assemblée constituante disposait de diverses commissions administratives : finances et personnel ; accréditation (des membres) ; hébergement (pour les membres) ; tribune de la presse ; et direction (pour définir l'ordre du jour et assurer le bon déroulement des débats).

Elle disposait d'un aménagement complexe de commissions sur les questions de fond : sur la constitution de l'Union ; sur les constitutions provinciales ; et sur les pouvoirs de l'Union. Elle avait aussi un Comité consultatif sur les droits fondamentaux, les minorités et les zones tribales et exclues (l'idée était de veiller à ne pas y placer exclusivement des membres de l'assemblée). Le Comité consultatif était composé de deux sous-comités. Un petit comité d'experts en questions financières comprenait des personnes non membres de l'assemblée. Une commission des États se réunit avec la commission de négociation des princes pour traiter la question de l'entrée des États princiers dans l'Union et la constitution ; un petit comité ad hoc sur la citoyenneté se réunit pendant quelques semaines. La commission de rédaction étudia le projet de constitution préparé par le conseiller constitutionnel sur la base des divers rapports de commissions.

Au sujet du processus, une autorité a déclaré que l'assemblée du Parti du Congrès débattait officieusement de chaque disposition et avait tendance à statuer sur celle-ci avant son examen par la Chambre.

Le projet du conseiller constitutionnel fut préparé en octobre 1947 et la commission de rédaction le présenta après révision à l'assemblée constituante en février 1948. Le projet fut largement diffusé dans les parlements, les tribunaux et les ministères, mais pas au sein de la population. Des commentaires furent formulés par un large éventail d'organes et de particuliers. Un comité spécial composé des membres des trois premières commissions désignées plus haut se réunit pendant deux jours en avril pour examiner le projet.

Le projet de février 1948 fut soumis à la plénière de l'assemblée constituante pour débat officiel, avec les amendements proposés par la commission de rédaction sur la base des commentaires reçus et des avis du comité spécial. Le débat général sur les principes dura cinq jours, puis le débat clause par clause eut lieu de mi-novembre 1948 à mi-octobre 1949.

Les discussions politiques se poursuivirent et les dernières touches furent apportées aux décisions relatives à la future place des anciens États princiers ; ces décisions nécessitaient des changements pendant que le projet était débattu en plénière à l'assemblée. Pour les dispositions particulières concernant les basses castes et les groupes tribaux ainsi que pour diverses questions relatives aux rapports entre l'État central et les États, les décisions étaient prises en dehors de la plénière et entraînaient de nouveaux amendements.

La commission de rédaction révisa ensuite le document entier pour intégrer les amendements, mais quelques amendements supplémentaires étaient nécessaires. L'adoption de la constitution incombait à l'assemblée constituante. Quelques articles prirent effet immédiatement et le gros de la constitution entra en vigueur le 26 janvier – célébré depuis lors Journée de la République.

A.6 Irak [2005]

En Irak, c'est le contexte de l'élaboration de la constitution qui a déterminé la procédure et, dans une certaine mesure, l'issue du processus constitutionnel. Ayant renversé le régime baasiste de Saddam Hussein, les États-Unis avaient besoin d'une formule pour mettre fin à l'occupation de l'Irak qu'ils avaient placé sous leur souveraineté. Ils considéraient une nouvelle constitution fondée sur des principes démocratiques avec le respect en bonne et due forme des droits humains comme la condition pour le retour de la souveraineté aux Irakiens. Une nouvelle constitution était aussi l'objectif des Nations Unies, un point de vue soutenu par le Conseil de sécurité. La plupart des Irakiens attendaient beaucoup de la nouvelle constitution. Ainsi, une nouvelle constitution devint le point focal des négociations diplomatiques ainsi que l'événement qui allait marquer le transfert de souveraineté à l'Irak.

Tout au long du processus d'élaboration constitutionnelle, la politique intérieure américaine eut plus d'influence que les souhaits ou les analyses des politiciens ou des citoyens irakiens. En tant que puissance d'occupation, les États-Unis jouèrent un rôle central dans la définition et la gestion de la transition et des dispositions transitoires ou intérimaires. La Grande-Bretagne, en tant que partenaire secondaire des États-Unis dans l'invasion et la transition, semble avoir eu peu d'influence. Par l'intermédiaire de son Représentant spécial Lakhdar Brahimi, l'Organisation des Nations Unies assura la médiation entre l'administration américaine et le chef chiite le plus influent, le Grand Ayatollah Al-Sistani, au sujet du processus d'élaboration de la constitution. Les États-Unis avaient proposé deux méthodes alternatives mais Al-Sistani s'opposa aux deux propositions et insista pour que la constitution fût élaborée par une assemblée élue.

Il aurait été difficile d'organiser des élections et il aurait fallu reporter le processus. Sur recommandation de Brahimi, l'Ayatollah donna son accord pour qu'au terme d'une période de dispositions constitutionnelles intérimaires, une assemblée élue rédigeât la constitution et la fît adopter par référendum. Celle-ci fut promulguée en mars 2004. La Loi portant création de l'Administration de transition était un document relativement exhaustif, couvrant la plupart des aspects de l'État. Les élections devaient se tenir en janvier 2005 et l'assemblée devait servir à la fois d'organe législatif et d'assemblée constituante.

Les États-Unis, les Nations Unies et de nombreux Irakiens espéraient que la constitution et le processus permettant d'y aboutir aideraient à jeter les bases de la réconciliation et de l'unité. La Loi portant création de l'Administration de transition elle-même demandait à l'assemblée nationale de rédiger la constitution « en encourageant le débat sur la constitution à travers des réunions régulières dans toutes les régions de l'Irak, à travers la médiatisation et en recevant

des propositions des citoyens au fur et à mesure de la rédaction » (article 60). En attendant le référendum (prévu pour le 15 octobre 2005 au plus tard), le projet de constitution devait être publié et « largement diffusé pour favoriser un débat public sur la question au sein de la population » (article 61). Malheureusement, il y eut une faible participation publique.

Le délai donné pour la rédaction était limité. Des élections étaient prévues en janvier 2005 ; le projet devait être prêt le 15 août au plus tard et le référendum devait se tenir le 15 octobre au plus tard. L'acceptation exigeait une majorité globale et nationale et le rejet nécessitait les deux tiers des voix dans pas plus de trois gouvernorats sur les dix-huit. Début mai, la commission n'avait pas commencé ses délibérations et ce n'est qu'en juin qu'elle les entama. Cela lui laissa moins de six semaines pour la rédaction. Une partie de ce temps fut occupée par les exposés d'experts sur divers sujets.

La commission fit d'énormes progrès après cela, travaillant à travers ses sous-commissions, mais il était difficile de dégager un consensus puisque les chefs des partis dominants n'étaient pas membres de la commission. Avec le revirement des plus hautes personnalités chiites en faveur du fédéralisme, les choses commencèrent à changer mais le temps était compté. La commission décida donc de demander l'unique prorogation de six mois autorisée par la constitution. À ce stade, les États-Unis entrèrent en jeu, réprimandèrent le président de la commission (qui dû retirer la demande) et instruisirent l'assemblée qu'aucune prorogation ne devait être accordée. C'est également à ce stade que l'ambassadeur intensifia la pression sur les plus hautes autorités afin que celles-ci contournent la commission et concluent leur propre marché sous sa direction.

Bien que la prorogation fût refusée à la commission et à l'assemblée, la propre cabale de l'ambassadeur fût longue, allant bien au-delà de la date butoir du 15 août. Ce n'est qu'en septembre que le projet fut soumis à l'approbation de l'assemblée. Cela laissa du temps pour l'analyse et la discussion du projet de constitution avant le référendum. Cette fois, les Sunnites se rendirent aux urnes – dans le but de faire avorter le projet. Ils y ont presque réussi. Malgré le soutien national massif, le scrutin fut négatif dans trois gouvernorats mais dans l'un d'eux, les deux tiers de voix négatives ne se sont pas concrétisées (pour cause de fraude, selon les allégations des Sunnites). Le projet devint donc loi dans des circonstances peu favorables en raison de son rejet par l'une des trois grandes communautés. Les amendements proposés ne furent pas effectués à temps ni suffisamment pour satisfaire les Sunnites. La constitution, qui s'était révélée pleine de promesses au début du processus, finit dans la discorde et exacerba les clivages entre les Sunnites et les autres. Elle n'a restauré ni la loi ni l'ordre ; bien au contraire, elle a motivé davantage les insurrections, les attentats suicides et autres formes de violence qui se sont poursuivis.

A.7 Kenya [2005 ; 2010]

La constitution du Kenya indépendant, avec un système parlementaire et fédéral, fut amendée après un an pour fusionner les fonctions de chef d'État et de chef de gouvernement, conférant au président d'énormes pouvoirs. Le système fédéral fut aboli.

Au bout de deux années de monopartisme, une bataille pour la démocratie constitutionnelle aboutit à quelques réformes et plus tard, il fut convenu lors de concertations nationales de faire réviser entièrement la constitution par une assemblée constitutionnelle, la Conférence constitutionnelle nationale.

La Commission de révision de la constitution du Kenya fut créée pour préparer un projet à soumettre à la conférence. Les vingt-neuf membres de la commission étaient soit des juristes soit des personnes ayant de l'expérience dans la vie publique. La plupart des membres, toutefois, étaient choisis en partie en raison de leurs liens avec des partis politiques.

La commission eut recours à des ONG pour l'éducation civique, mais elle produisit ses propres ouvrages pédagogiques et mena des activités dans le domaine. Elle tint au moins une réunion dans chaque circonscription parlementaire afin de recueillir les opinions. Des traducteurs étaient mis à disposition lorsque la langue locale était différente des langues nationales, et des interprètes en langue des signes étaient disponibles.

Tout fut enregistré. La commission reçut trente-six mille soumissions écrites. Toutes les soumissions firent l'objet d'une analyse statistique (sur plusieurs mois) et les résultats furent largement diffusés. La population participa avec enthousiasme. Les commissaires furent très sensibles à la pauvreté observée et aux critiques formulées par les gens contre le système.

Au bout de trois semaines intenses, la commission produisit le projet de constitution et un rapport. Les consultations publiques s'en suivirent. Elles avaient été réduites à cause des retards dans le processus mais l'étape suivante (la Conférence constitutionnelle nationale) fut retardée de plusieurs mois à cause des élections législatives.

La conférence comptait 629 participants : l'ensemble des 222 députés, trois membres élus par district et à peu près un tiers choisi au sein de la société civile. Le président choisit un petit nombre de personnes pour assurer une bonne représentation des groupes insuffisamment représentés mais importants.

Les assises furent animées et hautement politisées. Il y eut beaucoup de manipulations et de corruption. Certaines questions, surtout le système de gouvernement, furent des sources de clivage. Les décisions étaient prises par consensus, à défaut de quoi, l'article en question devait être accepté par les deux tiers des délégués votants. Un référendum sur les questions litigieuses aurait, certes, permis de sortir de l'impasse, mais cela aurait été compliqué ; heureusement, cela ne s'est pas avéré nécessaire.

Juste au moment où la conférence achevait ses travaux, un tribunal décréta (de manière peu convaincante) qu'un référendum était nécessaire. Le gouvernement persuada le parlement de soutenir un projet de constitution qui était sensiblement différent de celui que la conférence avait adopté. Le peuple rejeta le projet de référendum. Certains votèrent contre parce qu'ils préféraient le précédent projet, d'autres pour cause de mécontentement général vis-à-vis du gouvernement, et d'autres encore pour des raisons tribales.

Les violences post-électorales de 2008 aboutirent à des négociations internationales en faveur de réformes et d'une nouvelle constitution. Une nouvelle loi nécessitait un comité

d'experts avec trois étrangers et six Kenyans. Celui-ci fut invité à exploiter les projets existants mais à se concentrer sur la résolution des questions litigieuses. Son projet s'inspirait substantiellement de celui de la Conférence constitutionnelle nationale. Après consultation du peuple, le projet fut révisé puis fut transmis à une commission parlementaire, puis revint au comité avant d'aller au Parlement. La constitution existante stipulait que le Parlement pouvait proposer des changements (à une majorité de 65 pour cent) mais n'était pas tenu d'approuver le projet. L'adoption à proprement parler devait se faire par référendum, avec une majorité des voix en faveur du projet plus 25 pour cent minimum de voix favorables dans au moins cinq des huit provinces. Le référendum eut lieu en août 2010 et la constitution fut approuvée par plus de 67 pour cent des votants. Elle entra en vigueur lorsque le président la promulgua un peu plus tard dans le même mois.

A.8 Népal [processus en cours]

En 1951, le Roi promit la création d'une assemblée constituante. Une constitution provisoire fut introduite mais le Roi manqua à sa promesse et la constitution provisoire fut amendée pour devenir une constitution définitive. D'autres constitutions furent adoptées en 1959 et 1962, la dernière étant une charte pour la monarchie. En 1990, après le premier Mouvement populaire, une bonne constitution fut adoptée mais jamais il n'y eut de processus réellement participatif pour son élaboration.

Dix années d'insurrection maoïste et d'autocratie monarchique aboutirent à l'exigence d'une nouvelle constitution. Un second Mouvement populaire en 2006 mena à la restauration de la démocratie, avec la promesse d'une assemblée constituante. Les Maoïstes, prenant partie au processus de paix, refusèrent de travailler avec une version quelconque de la constitution de 1990 ; les grands partis créèrent donc un comité pour rédiger une constitution intérimaire. Celle-ci fut adoptée en janvier 2007 et le Parlement fut restructuré en vertu de cette constitution, sans élection, afin d'amener les Maoïstes et divers délégués de partis à former un organe législatif plus inclusif.

La constitution intérimaire exigeait des élections pour une assemblée constituante. Hors du gouvernement, divers groupes s'agitaient et plusieurs amendements furent portés à la constitution intérimaire pour tenir compte de leurs exigences, notamment la nécessité de les impliquer dans l'assemblée constituante et de déclarer officiellement le Népal État fédéral. Un système sophistiqué de vote parallèle fut mis en place pour l'assemblée (240 circonscriptions géographiques et 335 membres sur les listes des partis – avec des dispositions complexes pour assurer la diversité de ces listes en termes de genre, origine ethnique, caste et région). Les élections eurent lieu en avril 2008. Les Maoïstes remportèrent le plus grand nombre de sièges et dirigèrent le nouveau gouvernement – bien qu'ils l'aient quitté depuis lors.

L'assemblée constituante fut mise en place et adopta son règlement intérieur. Elle définit sa propre feuille de route dans les limites du calendrier global de deux ans fixé par la constitution intérimaire. Elle forma diverses commissions, dix d'entre celles-ci relatives à des questions de fond. Les commissions présentèrent aux citoyens de longues listes de

questions sur la constitution et reçurent un grand nombre de réponses. Avec les projets de dispositions, les commissions travaillèrent sur des « notes conceptuelles » relativement à leurs émoluments. Une commission constitutionnelle était chargée d'harmoniser l'ensemble. Le processus fut retardé par des querelles politiques et, juste avant l'échéance du délai de deux ans, l'assemblée constituante – en sa qualité d'organe législatif – amenda la constitution pour se donner une année supplémentaire. Au moment de la rédaction du présent document (début 2011), l'année supplémentaire en question arrivera à son terme dans quatre mois, et les choses ont peu évolué au cours des huit derniers mois.

L'assemblée constituante a mené peu d'activités d'éducation civique mais de nombreuses ONG et structures locales et internationales l'ont fait, souvent avec des groupes cibles tels que les femmes, les Dalits et les populations autochtones. Pratiquement toutes les agences onusiennes et ONG internationales imaginables y sont présentes.

À propos du processus : la politique a tendance à prendre le pas sur l'élaboration de la constitution. Les divers groupes attendent peu du processus car leurs exigences n'ont pas été prises en compte de façon systématique. La pauvreté, l'analphabétisme et le manque de communication ont rendu difficile la participation du peuple, sans compter l'ambivalence de l'aide internationale au processus officiel.

S'agissant des problèmes, le fédéralisme en est un majeur, tout comme son intégration dans le système électoral et d'autres aspects de la vie publique. Tout porte à croire que le système de gouvernement restera parlementaire bien que cela suscite bien des discussions.

A.9 Papouasie-Nouvelle-Guinée [1975 ; 1995]

Un processus de décolonisation : comité consultatif et assemblée constituante

La Papouasie-Nouvelle-Guinée, située dans le sud-ouest de l'océan Pacifique juste au nord-est de l'Australie, occupe la région orientale de la grande île de Nouvelle-Guinée (dont la partie occidentale est occupée par les provinces de la Papouasie indonésienne) et de nombreuses îles plus petites. Sa population en 2011 dépasse 6,5 millions d'habitants, soit plus du double des 3 millions qu'elle comptait à son indépendance (1975). Elle se caractérise par une diversité linguistique et culturelle incomparable (plus de huit cents langues distinctes y sont parlées), une géographie extrêmement variée et un relief très accidenté. Jusqu'à son indépendance, elle était administrée par l'Australie, en tant que colonie et en tant que territoire sous tutelle des Nations Unies.

Une constitution de décolonisation fut élaborée entre 1972 et 1975. Des projets de constitution étaient proposés par une commission de quinze membres du parlement colonial – la Commission d'élaboration de la constitution. Son cahier des charges était déterminé par une résolution du parlement proposée par le Chef du gouvernement qui soulignait la nécessité d'avoir une constitution « maison », c'est-à-dire une constitution prenant en compte

l'opinion du peuple, élaborée par les autochtones eux-mêmes, adaptée à leurs besoins et débarrassée de la tutelle coloniale.

Après s'être initiés aux questions constitutionnelles, les membres de la Commission d'élaboration de la constitution menèrent des campagnes d'éducation civique en direction des populations (émissions radiophoniques, publicité dans les journaux, affiches et préparation de six documents d'information qui furent largement diffusés). Deux méthodes principales servirent à recueillir l'opinion du peuple. Premièrement, un ministère mit en place 500 groupes de discussion, composés chacun d'une vingtaine de personnes pour prendre en compte la diversité de la population, pour discuter des six documents d'information et répondre aux questions d'orientation qu'ils contenaient. Les rapports sur les points de vue exprimés alors furent soumis à la Commission d'élaboration de la constitution. Deuxièmement, les équipes de la commission organisèrent plus de cent réunions publiques, avec plus de soixante mille participants. Plus de deux mille propositions écrites furent recueillies. Les points de vue exprimés furent pris en compte par la Commission d'élaboration de la constitution, mais ne furent jamais analysés systématiquement par manque de temps et de moyens.

La Commission d'élaboration de la constitution prépara un rapport final de deux volumes contenant ses avis et recommandations pour une constitution. Le débat du législateur colonial donna suite à des changements importants dans les recommandations ; ces changements furent acceptés par la majorité et les recommandations révisées furent intégrées à un projet de constitution. Par souci d'autochtonie, le pouvoir législatif colonial retourna en session en tant qu'assemblée constituante nationale et, sans aucune base légale en vertu de la loi australienne ou de la loi coloniale, délibéra et amenda le projet, puis adopta la constitution finale qui entra en vigueur en septembre 1975.

Changements en cours

La constitution de Papouasie-Nouvelle-Guinée adoptée en 1975 est toujours en vigueur en 2011, essentiellement telle qu'elle était à l'adoption à l'exception de vingt-deux amendements, mineurs pour certains et significatifs pour d'autres. La procédure d'amendement requiert deux votes distincts du parlement à au moins deux mois d'intervalle, la majorité requise variant selon la section de la constitution (plus de 50 pour cent de tous les membres pour certaines, plus des deux tiers pour d'autres et plus des trois quarts pour d'autres encore, que leurs sièges soient vacants ou non). La difficulté à remplir ces critères est telle que pour qu'un amendement puisse se faire, il faut une union nationale.

Changements constitutionnels dans le cadre des processus de paix

Tant en 1976 qu'en 2002, des amendements majeurs furent portés à la constitution de Papouasie-Nouvelle-Guinée dans le cadre des processus de paix visant à mettre fin aux conflits séparatistes à Bougainville, une île riche en minerais située à un millier de kilomètres à l'ouest de la capitale (Port Moresby). Le conflit qui a éclaté au milieu des années 1970 engendra peu de violence, mais celui auquel les amendements de 2002 ont mis

fin dura près de dix ans (1988–1997) et coûta plusieurs milliers de vies humaines. En 2011, Bougainville comptait environ deux cent mille habitants.

Dans les deux cas, les détails relatifs aux amendements constitutionnels négociés entre la Papouasie-Nouvelle-Guinée et les responsables de Bougainville furent précisés dans les accords de paix et reçurent l'assentiment général au parlement. Les amendements de 1976 portaient sur des dispositions détaillées pour un système d'autonomie décentralisée, tandis que les amendements beaucoup plus longs de 2002 prévoyaient un degré d'autonomie bien plus important et un référendum pour les habitants de Bougainville sur l'indépendance de leur île ; ce référendum a sans cesse été reporté depuis dix à quinze ans que l'autonomie a commencé à prendre effet.

Élaboration d'une constitution infranationale

Les amendements de 2002 à la constitution de Papouasie-Nouvelle-Guinée comprenaient une disposition invitant Bougainville à élaborer sa propre constitution pour son gouvernement autonome, une loi destinée surtout à couvrir les institutions et les procédures du gouvernement. Les dispositions relatives à ses prérogatives, ses ressources et ses relations avec le gouvernement national sont prévues dans les amendements de 2002 à la constitution de Papouasie-Nouvelle-Guinée. Au nombre des autorités qui existaient alors à Bougainville, l'on peut citer un gouvernement provincial de trente membres (nommés pour la plupart) et un organe consultatif à base plus large d'une centaine de membres, le Congrès du peuple de Bougainville. Les organes exécutifs de ces structures étaient habilités à créer conjointement une commission constitutionnelle à large représentativité et les deux organes décidèrent d'un commun accord de se mettre ensemble pour former une assemblée constituante dotée du pouvoir de débattre, d'amender et d'adopter le projet de constitution que devait leur remettre la Commission constitutionnelle de Bougainville.

La commission se mit au travail en septembre 2002 et, au bout de deux semaines d'auto-initiation aux questions constitutionnelles, les membres dressèrent une liste de questions portant sur les thématiques constitutionnelles de Bougainville et se répartirent en cinq équipes qui tinrent des réunions de concertation dans tout Bougainville sur environ un mois. La commission élaborait ensuite un premier projet de constitution. En réponse aux demandes formulées au cours des premières consultations publiques pour savoir l'usage fait des avis soumis par la population, la commission prépara un document détaillé et facile à comprendre sur les propositions contenues dans le projet, et le diffusa largement avec quelques exemplaires du projet, et les cinq équipes mentionnées plus haut firent une autre série de réunions de concertation. Cette fois, il y eut des demandes insistantes d'exemplaires du tout nouveau projet préparé pour être largement distribué. Une fois effectués les amendements complémentaires inspirés des avis supplémentaires reçus, d'autres exemplaires du deuxième projet furent distribués et une autre série de réunions de concertation eut lieu. La commission procéda ensuite à une autre série d'amendements sur le projet, ce qui aboutit à un troisième et dernier projet ainsi qu'un rapport explicatif de 370 pages, achevé en juillet 2004.

Outre ses démarches en direction des citoyens, la commission consulta :

- Le gouvernement national, essentiellement parce que la Papouasie-Nouvelle-Guinée avait le pouvoir de refuser ou d'approuver en dernier ressort le projet de constitution de Bougainville si elle estimait que celui-ci ne répondait pas aux exigences de la constitution de Papouasie-Nouvelle-Guinée ;
- Le gouvernement provincial de Bougainville ainsi que le Congrès du peuple de Bougainville afin de veiller à ce qu'ils aient une bonne compréhension du projet de constitution en siégeant en tant qu'assemblée constituante de Bougainville.

L'assemblée constituante se réunit en septembre 2004, et de nouveau en novembre lorsqu'elle adopta le projet avec quelques amendements mineurs. Le projet adopté fut ensuite approuvé par le gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée en décembre 2004, et les premières élections générales pour le Gouvernement autonome de Bougainville eurent lieu en mai et juin 2005.

A.10 Pologne [1997]

L'histoire constitutionnelle de la Pologne accorde généralement le rôle principal au parlement et remonte à sa première constitution écrite, qui avait été adoptée en 1791 mais n'avait jamais été mise en œuvre en raison de l'effondrement de l'État polonais en 1795. Deux constitutions de courte durée – en vigueur entre la Première et la Seconde Guerre mondiale – avaient également été élaborées par le parlement. Toutefois, la constitution qui a eu la plus grande longévité avait été imposée après la Seconde Guerre mondiale, lorsque la Pologne avait été annexée au Bloc de l'Est sous la domination de l'URSS. En 1952, un gouvernement contrôlé par l'URSS imposa une constitution à la soviétique qui resta en place, avec des changements limités, jusqu'à ce qu'un premier ensemble de changements adoptés à travers un processus de tables-rondes ouvre la voie d'une part à des changements plus importants apportés peu à peu sur plusieurs années, et d'autre part à une constitution entièrement nouvelle élaborée par une commission parlementaire et adoptée par vote du parlement et par référendum en 1997.

En 1988–1989, c'est la Pologne qui fournit le modèle de table ronde qui fut utilisé par la suite dans d'autres pays (surtout en Europe de l'Est et en Amérique latine), et qui mit ce terme à la page dans le cadre de l'élaboration d'une constitution. Les crises économiques et politiques qui ont précédé l'effondrement du système communiste en Europe de l'Est ont vu les membres modérés du Parti communiste polonais reconnaître que le changement était inévitable et chercher à en tirer quelque avantage en négociant avec l'opposition. Le parlement d'alors, dominé par le Parti communiste, n'avait pas la légitimité nécessaire pour procéder unilatéralement à des changements constitutionnels recevables. Il y avait une opposition bien organisée sous la forme du mouvement syndical Solidarité qui s'était illustré par d'importantes actions revendicatives dix ans auparavant. Les risques et les tensions étaient cependant de taille pour les deux antagonistes, en partie parce que l'URSS pouvait encore intervenir et que des conflits violents menaçaient réellement au niveau

national. C'est surtout en raison de ces risques que l'engagement initial entre les parties fut gardé secret.

À partir de mi-1988, il y eut six mois de négociations secrètes, pour la plupart sur les aspects organisationnels de la table ronde, entre le Gouvernement communiste et Solidarité, grâce à la médiation des autorités de l'Église catholique. La table ronde elle-même fut convoquée en février 1989 et eut peu de réunions en plénière, l'essentiel du travail se faisant en petits comités et dans des groupes de travail et certaines questions majeures étant résolues par accord entre les deux dirigeants. Au début du mois d'avril, un accord sur la marche à suivre (connu en Pologne sous l'appellation « Accord de la table ronde ») était parachevé. Le parlement d'alors n'autorisait que quelques amendements mineurs à la constitution. Ces amendements portaient notamment sur la dissolution de l'unique chambre du parlement (la Sejm) ; la démocratisation de la Sejm en y ajoutant une minorité de membres élus (ils pressentaient que le Parti communiste tenterait de maintenir son contrôle) ; l'installation d'un sénat élu en guise de deuxième chambre du parlement ; et la création d'une nouvelle fonction puissante de président. Les amendements constitutionnels étaient censés offrir une protection aux Communistes tout en permettant à l'opposition de prendre part à la vie politique.

Le parlement contrôlé par le Parti communiste procéda aux amendements retenus le 7 avril 1989, tout juste quelques jours après l'étape finale de l'Accord de la table ronde. Des élections eurent lieu en juin 1989 et les candidats de Solidarité remportèrent la plupart des sièges disponibles tant à la Sejm qu'au sénat. La mainmise attendue des Communistes sur la Sejm ne s'est pas matérialisée, car la situation tant en Pologne que dans le reste de l'Europe de l'Est évoluait à une telle vitesse qu'à la fin de 1989, le Parti communiste avait cessé d'exister. Il devint évident que le compromis obtenu à travers le processus de table ronde avait ouvert la voie à d'autres changements qui pouvaient désormais s'opérer beaucoup plus aisément dans des structures largement représentatives et libérées de la domination Communiste. Des premières tentatives furent faites en vue de remplacer complètement la constitution de 1952 ; à cet effet, la Sejm et le sénat mirent en place de 1989 à 1991 des commissions distinctes, mais chacune élaborait son propre projet de constitution et refusa de coopérer. L'avancée vers une toute nouvelle constitution étant ainsi ralentie, la constitution de 1952 subit peu à peu d'autres changements de 1989 à 1992, se démocratisant et perdant en bonne partie la syntaxe et les institutions du communisme. Le résultat fut néanmoins une constitution fragmentée, sans cohérence aucune.

En 1992, le parlement adopta la Loi constitutionnelle relative à la Procédure d'élaboration et de promulgation de la constitution. Cette procédure prévoyait une seule commission constitutionnelle composée de membres de la Sejm et du sénat (pour éviter de retomber dans l'erreur des commissions distinctes), avec des représentants non votants du président, du gouvernement et de la cour constitutionnelle. Une procédure complexe était prévue pour recevoir et examiner les propositions, élaborer un projet unique, délibérer sur le projet à travers une assemblée nationale (une réunion conjointe de la Sejm et du sénat), examiner les amendements proposés par le président, faire adopter le projet définitif par l'assemblée nationale et approuver par référendum.

La procédure relevant de la loi constitutionnelle fut initiée en octobre 1992, interrompue par des élections législatives en septembre 1993 et par des changements à la tête de l'État suite à l'élection présidentielle de 1995, et ralentie par une forte opposition politique au sein et en dehors du parlement au moment où le projet définitif apparut en 1996–97. Néanmoins, l'assemblée nationale finit par approuver un projet en mars 1997, et un projet définitif intégrant les amendements proposés par le président fut adopté en avril 1997. Il fut approuvé par référendum en mai 1997 – pour cela, plus de 50 pour cent des votants devaient se prononcer en faveur du projet, sans participation minimum requise. Il y eut un taux de participation publique de 43 pour cent et un peu plus de 50 pour cent des voix en faveur de la nouvelle constitution.

A.11 Timor-Leste [2002]

Le 30 août 1999, les Nations Unies appuyèrent un référendum national au cours duquel 78,5 pour cent de la population votèrent en faveur de l'indépendance. Les forces indonésiennes réagirent en détruisant une bonne partie des infrastructures du Timor-Leste et les autorités indonésiennes s'enfuirent. Un vide ayant été créé au niveau du gouvernement, l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor-Leste (ATNUTO) fut mise en place avec des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. L'une des étapes principales du processus de transfert de pouvoir des Nations Unies au profit du Timor-Leste fut l'adoption d'une nouvelle constitution ; celle-ci entra en vigueur le 20 mai 2002.

Un décret de l'ATNUTO établit à la hâte un calendrier qui ne prévoyait dans le processus ni éducation civique, ni consultation publique. Une assemblée constituante de quatre-vingt-huit membres élus fut installée pour rédiger, débattre et adopter la constitution en quatre-vingt-dix jours. La période de rédaction fut prolongée par la suite de quatre-vingt-dix jours supplémentaires. La société civile avait fortement plaidé en faveur d'une commission constitutionnelle indépendante afin de consulter largement le peuple et préparer un projet de constitution qui serait ensuite débattu et adopté par un organe élu. Ce plan ne fut pas suivi et, en guise de compromis, l'ATNUTO organisa treize commissions pour informer les citoyens et obtenir des contributions pour la constitution. Le processus comportait des insuffisances. Premièrement, les personnes chargées d'élaborer la constitution n'étaient pas tenues de consulter la population. Deuxièmement, le processus avait été précipité et, de ce fait, l'éducation civique et la consultation publique avaient été menées en même temps. Les citoyens avaient eu peu de temps pour réfléchir aux options constitutionnelles proposées ou sur leurs propres aspirations pour la constitution. Troisièmement, les avis n'avaient pas été soigneusement assemblés et analysés. Quatrièmement, le processus n'avait pas été internalisé au niveau national. Il avait été lancé par l'ATNUTO sous sa direction et, lorsque les rapports avaient été transmis à l'assemblée constituante, plusieurs membres avaient dit qu'ils ne les avaient pas lus parce qu'ils ne les jugeaient pas crédibles (Brandt et Aucoin, 2010).

L'assemblée constituante était dominée par un parti politique, le Fretilin. La constitution suivait largement le projet de constitution préparé à l'avance par le Fretilin. L'assemblée

constituante n'étant pas représentative, il était difficile d'obtenir un consensus. Les autres partis ou groupes d'intérêt étaient peu disposés à faire des compromis. Le Fretilin estimait par ailleurs que c'était le peuple qui l'avait mandaté pour préparer la constitution et qu'il n'avait pas besoin de consulter les citoyens. Sous la pression de la société civile et des médias, l'assemblée constituante finit par tenir une semaine de consultation publique sur le projet, mais le processus avait été mal préparé. Là aussi, la population eut peu de temps pour lire le projet qui n'était pas toujours disponible dans une langue compréhensible, et son avis fut recueilli de manière aléatoire. Les consultations publiques eurent peu d'impact sur le contenu final. Les commentaires des acteurs internationaux sur le projet furent examinés avec plus de minutie.

À l'assemblée constituante, la prédominance du Fretilin et le manque de participation publique affaiblirent la légitimité de la constitution. Celle-ci n'était pas considérée comme un produit du consensus et du dialogue au sein des divers acteurs et du grand public. Cela contribua d'ailleurs aux conflits qui éclatèrent par la suite et aux appels en faveur d'une nouvelle constitution.

A.12 Ouganda [1995]

L'Ouganda, avec une population d'environ trente-deux millions d'habitants en 2011, est un pays complexe de plus de cinquante groupes ethniques, divisé en regroupements régionaux, religieux, économiques et ethniques. L'Ouganda a obtenu son indépendance de la Grande-Bretagne en 1962, dans le cadre d'une constitution de compromis négociée entre les autorités britanniques et l'élite ougandaise ; une combinaison de caractéristiques fédérales, semi-fédérales et unitaires au niveau de la constitution a contribué à des crises et des conflits constitutionnels. De nouvelles constitutions ont été imposées en 1966 et 1967 en excluant les dirigeants des grands groupes et la participation populaire. Après le coup d'État militaire d'Idi Amin en 1971, quatorze années de conflit interne ont occasionné plusieurs centaines de milliers de morts.

Suite à quatre années d'insurrection, un nouveau gouvernement vint au pouvoir en 1986 et créa un Ministère des affaires constitutionnelles afin de lancer un processus participatif d'élaboration d'une constitution. En 1988, une loi établit la Commission constitutionnelle ougandaise (UCC) de vingt-et-un membres chargés d'élaborer un nouveau projet de constitution. Ce faisant, l'UCC devait « impliquer le peuple ougandais », œuvrer à un « consensus national » sur les questions constitutionnelles, « rechercher l'avis de la population » et « stimuler le débat public et la prise de conscience des questions relatives à la constitution ».

L'UCC fit son travail en cinq étapes principales. D'abord en 1989, elle établit un ordre du jour des questions d'ordre constitutionnel en procédant à de larges consultations, en organisant et en participant à environ 140 séminaires dans tout le pays réunissant près de soixante-dix mille personnes. Ce processus permit de recenser vingt-neuf grandes thématiques constitutionnelles et de nombreuses questions de moindre importance. Deuxièmement,

en 1990, elle produisit des supports éducatifs sur l'ordre du jour, notamment en publiant des copies des constitutions passées, en préparant un ouvrage de 111 pages intitulé Guide des questions constitutionnelles, une brochure contenant 253 « questions d'orientation » sur la procédure de soumission des propositions écrites et des affiches pédagogiques. Les Commissaires se divisèrent en équipes pour présenter les supports éducatifs aux séminaires tenus dans l'ensemble des 890 sous-comtés de l'Ouganda. Troisièmement, en 1991, elle s'efforça de recueillir les points de vue de la population sous forme de soumissions écrites et de présentations orales, et les Commissaires tinrent de nouveau des réunions publiques dans tout le pays pour glaner les points de vue (pour assurer à la population que son avis ne serait pas altéré après soumission). Quatrièmement, de fin 1991 à début 1992, la commission analysa tous les points de vue reçus, traduisant les soumissions écrites dans les langues locales et résumant le contenu de toutes les soumissions par rapport à chacune des vingt-neuf thématiques de l'ordre du jour. Le processus fit clairement apparaître un consensus sur la plupart des questions, mais quelques controverses persistèrent et l'analyse statistique des points de vue permit à la commission de prendre ses décisions. Cinquièmement, au cours du second semestre de 1992, le rapport final de la commission ainsi qu'un projet de constitution furent préparés, présentés au gouvernement, puis corrigés et publiés en 1993.

La Commission constitutionnelle de l'Ouganda élaborait également un rapport intérimaire en 1991 sur l'adoption de la nouvelle constitution, l'analyse des points de vue de la population révélant une opposition à l'idée de confier ces tâches à l'organe législatif national et la préférence accordée à une assemblée constituante. Le gouvernement accepta ces conseils et, en mars 1994, des élections eurent lieu pour la mise en place de l'assemblée constituante. Celle-ci comprenait 214 membres de circonscription directement élus, 39 représentantes de femmes indirectement élues et 31 représentants de groupes d'intérêt. À partir de mai 1994, elle entreprit son travail en quatre étapes principales.

Premièrement, il y eut deux mois de débat général où tous les membres s'exprimèrent. Deuxièmement, ce furent des commissions d'enquête qui examinèrent certaines parties du projet de constitution. Troisièmement, les amendements recommandés par les commissions d'enquête furent débattus. Selon le règlement intérieur, les décisions devaient se prendre par consensus sauf en cas de motion appuyée par plus de 50 membres. Toute proposition visant à amender le projet de constitution devait être appuyée par au moins les deux tiers des membres votants. Toutefois, un amendement soutenu par une majorité mais ne recevant pas les deux tiers des voix était classé « controversé » et si, après une suspension pour des consultations publiques avec les votants, un deuxième vote ne réussissait pas à lever la controverse, un référendum s'imposait pour prendre une décision sur la question. Aucun référendum ne fut nécessaire. Quatrièmement, il y eut plusieurs mois d'examen du projet intégral afin d'éliminer les incohérences et de rendre la formulation plus précise sur diverses questions. Le 22 septembre 1995, l'assemblée constituante adopta le projet de constitution amendé. Avant de le promulguer, le président était en droit de demander un référendum sur une question quelconque de ce projet. Aucun référendum ne fut demandé et la constitution fut promulguée le 8 octobre 1995.

Annexe B : Glossaire

Abrogation

L'acte par lequel une loi est « défaite » – généralement par une procédure identique à celle ayant servi à la voter.

Adopter (adoption)

Voter une loi (y compris une constitution).

Adoption

Décision finale d'acceptation de quelque chose par un organisme. Ce peut être, par exemple, la décision d'une assemblée constituante d'approuver le texte définitif d'une constitution, ou un organe législatif s'accordant sur une ligne de conduite donnée. Ce n'est pas nécessairement une expression juridique. La procédure d'adoption peut être fixée par la loi – notamment par vote à une certaine majorité, ou par référendum.

Amender (amendement)

Modifier un texte de loi, y compris une constitution. La modalité de modification d'une constitution est établie par la constitution précédente. La procédure de changement d'une loi est contenue dans la constitution ou les règlements du parlement. Il est possible que « l'amendement » ne s'entende pas du remplacement de la constitution toute entière.

Amnistie

Engagement donné à des personnes ayant commis, ou présumées avoir commis quelque acte répréhensible au regard des autorités (telle la possession d'armes ou l'implication dans une insurrection), qu'aucune poursuite judiciaire ne sera engagée contre elles. Elle peut être temporaire, au sens que la mesure ne s'appliquera qu'à ceux qui rendront leurs armes ou qui abandonneront leur lutte avant une date butoir. Cette expression est généralement employée lorsque cette disposition s'applique à des groupes de personnes.

Applicabilité

L'« applicabilité » d'une constitution englobe notamment l'adéquation entre la conception du texte et les conditions qui prévalent dans le pays, mais aussi des questions telles que la capacité du pays à le mettre en œuvre, son coût probable, le nombre de recours qu'il générera, et ainsi de suite. La lisibilité du texte, sa longueur et sa durabilité sont des considérations d'une importance relativement moindre.

Application

Processus de mise en pratique des règles constitutionnelles. Il s'agit du vote de nouvelles lois, de la mise en place d'institutions ou du changement de lois et institutions existantes tel que l'exige la constitution. Une forme de mise en œuvre de la constitution peut être notée dans la détermination des citoyens à recourir à la constitution, spécialement en ayant recours aux tribunaux ou en cherchant à faire respecter les obligations constitutionnelles.

Appropriation nationale

C'est le concept qui préconise que si les individus sont impliqués dans un processus, ils sont plus enclins à considérer le résultat comme « le leur » et plus disposés à le soutenir dans la durée. On peut l'appliquer à divers projets comme la construction d'un puits, d'une école ou bien – dans le cas d'espèce – à une constitution.

Assemblée constituante

Organe formé de représentants du peuple, ayant pour mandat d'adopter une constitution. Les formes que peuvent prendre de telles assemblées sont extrêmement variées, et dans certains cas, elles ont le pouvoir ultime d'adoption de la constitution, alors que dans d'autres circonstances, l'acte final d'adoption est entériné par une autre législature ou par voie référendaire.

Autonomisation

Processus de sensibilisation et d'éducation des citoyens aux droits et à la gouvernance, dans le but d'encourager les gens à exercer leurs droits et leurs pouvoirs – notamment par le vote ou l'expression de leurs opinions. Certaines agences commencent apparemment à préférer le terme « implication » - un concept logiquement différent, mais peut-être le résultat de « l'autonomisation. »

Changement [constitutionnel] graduel

Il s'agit d'un changement de la constitution qui s'opère dans le temps par amendements successifs de ses rubriques. Cela peut mener à un document radicalement différent. Ce n'est toutefois pas une procédure qui peut être contrôlée ni planifiée.

Citoyen

D'un point de vue technique et juridique, il s'agit d'une personne ayant la nationalité d'un pays (« citoyenneté »). Le terme est cependant fréquemment utilisé dans un contexte non juridique pour désigner tout membre de la population d'un État, l'accent étant souvent mis sur les droits de la personne (et ses devoirs) en tant qu'élément de cette population – « civis romanus sum » (je suis citoyen romain) est un rappel de certains droits.

Code de conduite

Ensemble de directives formelles régissant le comportement. Peut être élaboré par un organe officiel ou tout autre organe. Même en cas de rédaction par un organe officiel, il n'aura probablement pas force exécutoire, et ne sera pas assorti de clauses pénales pour manquement à son observation. Néanmoins, une loi pourrait exiger des codes de conduite (pour les membres d'une assemblée constituante, par exemple), et dans un contexte officiel, ce code pourrait servir de référence pour décider si une personne a enfreint la loi ou pas, ou failli à ses devoirs. Les Codes de conduite sont devenus courants – pour les législateurs et les ministres, pour les partis et les candidats briguant des élections, et même pour les organisations de la société civile (voir annexe C pour des exemples de codes de conduite).

Commission

Terme dénué de sens juridique particulier. Se rapporte généralement à un organisme à qui il a été confié la responsabilité d'étudier certaines questions, de prendre des décisions ou de formuler des recommandations. Une commission n'est habituellement pas une grande entité et il est possible de créer une commission constitutionnelle qui, bien que dépourvue de la capacité d'adoption de la constitution pour le pays, sera chargée de faire des propositions précises pour des changements constitutionnels. Dans de nombreux pays, il existe des commissions à diverses fins (notamment pour des enquêtes sur les droits humains et pour la gestion des élections) qui sont quelque peu – et même très – indépendantes du gouvernement. C'est la constitution qui, bien souvent, le garantit.

Commission constitutionnelle

Commission mandatée pour rédiger une proposition de constitution, vraisemblablement à la suite d'une consultation du peuple et des experts, étudier les éventuels problèmes inhérents à la constitution en vigueur, examiner les dispositions en vigueur dans d'autres pays ainsi que diverses autres sources d'idées en matière de constitution.

Commission vérité et justice

Commission mise en place pour entendre des récits de victimes, généralement d'un régime antérieur, recommander ou accorder éventuellement des réparations, recommander ou accorder éventuellement des pardons. Les noms donnés à ces commissions varient selon les pays.

Consensus

Accord général concernant une question, mais qui ne signifie pas nécessairement l'unanimité. Toutefois, une simple majorité à 51 pour cent ne saurait être un consensus. Bien que ce soit un terme souvent employé par les rédacteurs de constitutions, il est habituellement source

de malentendus. Il est plutôt vague pour les besoins du droit et on court toujours le risque que le consensus soit celui de la majorité, à l'exclusion des minorités. En Afrique du Sud, lors du processus d'élaboration de la constitution, il avait fallu accepter un « consensus suffisant », qui désignait l'accord des deux principaux partis politiques. Pourtant, beaucoup ne le perçurent pas comme véritablement « suffisant ».

Consociatif

Principe selon lequel les individus sont considérés, dans leur relation d'appartenance à l'État, comme membres de communautés plutôt que comme des individus. Cela peut se manifester au niveau législatif sous forme de répartition de sièges entre ces communautés (ethniques ou religieuses), de partage du pouvoir exécutif, ou de droit de ces communautés à opposer leur veto à certaines décisions gouvernementales. Il n'existe pas d'État totalement consociatif. La Belgique est une parfaite illustration d'un État consociatif. On doit le terme aux travaux du politologue Arend Lijphard.

Constitution

Ensemble de règles définissant la structure de base d'un État et régissant le fonctionnement des institutions de gouvernance dans cet État. Les textes constitutionnels modernes sont assortis de dispositions relatives aux droits fondamentaux de la personne et, plus généralement, peuvent aussi contenir des principes directeurs applicables aux lois et politiques nationales.

Dans la plupart des pays, le mot renvoie à un texte de loi unique qui contient ces règles. Cependant, certains pays ne disposent pas de texte de loi appelé constitution ; certains en ont plusieurs dont l'ensemble forme la constitution et pour d'autres encore, la constitution est un mélange de conventions et de lois.

Constitution provisoire

Constitution conçue pour être temporaire. Elle prescrit généralement la méthode d'élaboration d'une constitution permanente.

Constitution rigide

Une constitution difficile à modifier. S'adresse aussi à une constitution assortie avec force détails, laissant peu de champ à des interprétations divergentes, par contraste avec une constitution souple. En réalité, toutes les constitutions sont ordonnées sur un continuum.

Constitution souple

Constitution pouvant être amendée sans grande difficulté, bien que peu de constitutions puissent être modifiées par la procédure de modification des lois ordinaires. Une constitution

est réputée souple lorsqu'elle ne contient pas force détails ou que les termes qui y sont employés ont un sens plutôt large qui laisse le champ libre à diverses interprétations.

Constitutionnalisme

Acceptation, répandue surtout parmi les classes dirigeantes, de l'idée que la vie publique devrait être régie par la constitution. Cela ne veut pas dire un respect universel de la constitution, mais s'oppose à une situation où la constitution serait instrumentalisée et respectée uniquement lorsque cela arrange ceux qui sont au pouvoir.

Consultation publique

Processus visant à recueillir les opinions de la population en vue d'en tenir compte dans la prise de décision. Ce n'est pas une obligation d'accepter toutes les opinions. Dans le contexte de l'élaboration d'une constitution, cela renvoie souvent au processus de consultation des citoyens sur la manière dont le processus tout entier devra s'articuler, leurs attentes par rapport à la constitution, leurs idées sur le système qui devra être adopté et leurs opinions sur le projet de constitution une fois élaboré (voir la partie 2.2).

Continuité juridique

Appliqué à une constitution, le terme fait référence à un document ayant été autorisé par une toute autre loi. La constitution du Bangladesh n'était pas basée sur la continuité juridique car elle remontait à une proclamation d'indépendance alors illégale au regard de la loi pakistanaise (le Bangladesh faisant à l'époque partie du Pakistan). La constitution intérimaire sud-africaine était sous un régime de continuité juridique car elle fut votée selon les procédures de la constitution alors en vigueur (suprématie de la race blanche). Ce détail technique n'a toutefois pas forcément un rapport avec l'évolution du contenu du document.

Contrat social

Élément de théorie politique prônant l'idée que les êtres humains se regroupent en société et acceptent d'être dirigés. Les premiers théoriciens du contrat social le présentaient comme un pacte entre la population d'une part et les règlements (probablement incarnés par un roi) de l'autre. Les théoriciens modernes pensent plutôt en termes de pacte entre les citoyens. Certains d'entre eux suggèrent que la constitution est une forme de contrat social.

Coup d'État

Le fait de prendre le pouvoir d'un pays par des moyens illégaux, le plus souvent par l'armée, mais pas nécessairement par la force. Il peut parfois déboucher sur un bon gouvernement dont la « constitutionnalité » est reconnue, même par les tribunaux.

Délibération

Examen équitable de toutes les opinions, fondé sur les valeurs de la démocratie et du bien-être général, plutôt que sur le populisme et un vulgaire marchandage entre groupes aux intérêts étriqués.

Dispositions non modifiables (constitutionnalisation)

Insérer dans la constitution une règle de telle manière qu'elle soit particulièrement difficile à modifier. Dans certaines constitutions, il y a quelques règles qui ne peuvent guère être amendées.

Donateurs

Pays (particulièrement leurs agences d'aide au développement) et organismes internationaux d'assistance financière aux pays en développement. « Donateur » est le mot couramment utilisé, quand bien même les pays récipiendaires sont parfaitement conscients que les « dons » sont des instruments de politique des pays donateurs.

Droit de vote

Le droit de voter.

Droit international

Ensemble de traités, d'accords et d'usages internationaux qui sont reconnus comme ayant une force exécutoire. Dans le cadre de l'élaboration d'une constitution, le plus important élément de droit international intervenant est probablement celui des droits de l'homme. Il comprend la Déclaration universelle des droits de l'homme et divers traités et conventions, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Lorsqu'un pays ratifie un traité donné, il est important de statuer sur la façon dont la constitution en tiendra compte dans les droits qu'elle reconnaît et les obligations qu'elle impose. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 25) stipule aussi que les personnes ont le droit d'être associées aux décisions qui les concernent, y compris les décisions relatives à l'élaboration de la constitution, selon l'interprétation du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

Droits de l'homme

Droits inhérents à chaque personne du fait de son appartenance à la race humaine – que l'on accepte que ces droits sont d'origine divine ou pas. Reconnus par de nombreux traités internationaux et autres documents (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, la « Charte internationale des droits de l'homme », comprenant le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – et diverses conventions « sectorielles » sur les droits de l'enfant, la discrimination, les droits de la femme, etc.) ainsi que par les constitutions de la plupart des pays, mais à des degrés variables.

Éducation civique

Expression d'agences de développement international faisant référence à des programmes visant à présenter des connaissances et des idées au citoyen ordinaire. Il ne s'agit pas d'éducation scolaire ou formelle. Les méthodes générales d'éducation civique sont les ateliers, les manuels de formation, les brochures et diverses techniques de sensibilisation, de même que l'utilisation des médias tels que la radio, la télévision et les réseaux sociaux. Dans le cadre de ce manuel, nous définissons l'éducation civique comme toute activité visant à préparer les citoyens à participer, que ce soit avant l'élaboration de constitution ou après l'adoption de la constitution.

Élaboration de constitution

Il s'agit de toute la procédure d'élaboration d'une constitution.

Élément perturbateur

Employé dans la bibliographie de l'élaboration de constitution pour désigner celui qui fait obstacle au processus d'élaboration d'une constitution.

Entériner

Donner son accord – normalement accord faisant autorité.

Feuille de route

Document établissant une séquence d'événements assortie d'un chronogramme, et dont on se sert pour évoluer vers un objectif. Il ne peut s'arrêter juste à la détermination des institutions devant être impliquées dans les prises de décisions constitutionnelles, mais présenter aussi l'ordre de prise des décisions et des consultations publiques à effectuer, etc.

Grande réforme

Terme indiqué en cas de réforme majeure du système constitutionnel, et non en cas de procédure d'amendement tendant à une modification secondaire ou marginale.

Hansard (Journal des débats)

Ce sont les transcriptions officielles mot pour mot, des débats parlementaires dans plusieurs pays régis par la *common law*. En Angleterre, au dix-neuvième siècle, Hansard était celui qui imprimait les transcriptions de ces rapports. Le terme est parfois étendu à d'autres comptes rendus exhaustifs de débats.

Justice transitionnelle

Terme caractéristique de diverses institutions censées instaurer la justice et la réconciliation dans un pays qui a traversé une période de conflit ; on peut créer à cet effet une « commission vérité et justice », des cours et tribunaux spéciaux et des commémorations.

Légalité révolutionnaire

Expression utilisée dans les pays socialistes de l'Europe de l'Est pour décrire le fondement de leur loi. Également utilisée relativement au processus de réhabilitation d'un régime jugé illégal au départ puis devenu légal du fait de son acceptation ; on parle aussi parfois de la doctrine « du coup réussi » (voir aussi « Nécessité (doctrine de la) » ci-dessous).

Légitimité

Concept de science politique se rapportant à l'acceptation en général par la population d'un système de gouvernement et de règles. C'est différent du concept de « légalité » qui se rapporte à la validité des règles au sens juridique du terme. La légitimité est beaucoup plus une question d'attitudes (citoyennes le plus souvent).

Majorité

Littéralement « le plus ». Plusieurs décisions doivent être prises à une majorité donnée d'organes particuliers. Mais parfois « le plus » veut simplement dire « plus que ». Si une décision doit être prise concernant trois options ou candidats, voire plus, et que celui récoltant le plus grand nombre de suffrages l'emporte, même si moins de la moitié des membres a voté, on parle de « majorité simple ». Certaines décisions ne sont acceptées que par vote favorable d'au moins la moitié des votants. Cela est parfois appelé « majorité absolue ». Il est important de préciser s'il s'agit de la moitié de tous ceux ayant exprimé leur suffrage, ou s'il agit de la moitié de tout le groupe habilité à voter. Certains changements constitutionnels exigent une adoption par une majorité beaucoup plus large – celle des deux tiers ou même des trois quarts de l'organe entier.

Médias

Journaux et livres, radio et télédiffusion, et maintenant Internet.

Nécessité (doctrine de la)

Il s'agit de règles légales appliquées à des circonstances d'exception pour justifier ou valider des actes qui autrement seraient en porte-à-faux avec la loi. Lorsqu'un tribunal en fait usage pour reconnaître un gouvernement, le tribunal insistera généralement sur la nécessité de retourner à la règle constitutionnelle aussitôt que possible. Lorsqu'en 2010, le Président

Yar'Adua du Nigeria n'avait ni démissionné, ni mandaté son Vice-président pour assurer son intérim, et ne gouvernait pas non plus lui-même (il mourut en fin de compte), cette doctrine a été évoquée pour justifier la prise de pouvoir par le Vice-président (sans qu'aucune Cour ne l'ait validée).

Organe électoral

Il ne s'agit pas du système électoral, qui est principalement la manière dont les suffrages exprimés sont numériquement traduits en membres des corps législatifs, mais plutôt de l'organisation même des élections. Du fait du risque d'ingérence, surtout de la part de l'exécutif, on dispose habituellement d'une commission électorale indépendante pour organiser et gérer les élections. Cet organe est parfois un démembrement du système judiciaire. Il a pour responsabilité de valider les candidatures, de recruter le personnel, d'organiser les opérations du jour du vote, de procéder au décompte, d'assurer la garde des bulletins de vote, etc.

Organisations non gouvernementales (ONG)

Organisations ne comptant aucun membre de l'exécutif en leur sein, et non établies par le droit. Leur établissement peut toutefois suivre une procédure exigée par la loi et faire l'objet d'un enregistrement formel. On peut aussi les considérer comme des associations à but non lucratif. Les partis politiques ne sont généralement pas considérés comme des ONG. En réalité, beaucoup d'ONG ne sont pas indemnes des ingérences gouvernementales. Les organisations enregistrées en tant qu'ONG dans un pays, mais opérant à l'échelle internationale (souvent avec des fonds provenant de donateurs), sont parfois appelées ONG internationales.

Participation citoyenne

Implication active des citoyens dans la prise de décisions sur les questions relevant de la sphère publique. Il ne s'agira pas seulement d'élire les représentants mandatés pour prendre des décisions. Dans le contexte d'élaboration de constitution, il faudra probablement une campagne d'information des citoyens sur le processus, de l'éducation civique, et des consultations pour recueillir l'opinion des citoyens sur les décisions constitutionnelles clés majeures (éventuellement les décisions relatives à la structure du processus tout comme celles relatives au contenu de la constitution). (Voir la partie 2.2).

Plébiscite

Ce terme est une combinaison des mots latins « plebs » signifiant le peuple et « scitum » signifiant décision. C'est donc un processus par lequel il est demandé au peuple de voter pour répondre à une question, plutôt que pour choisir ses représentants. On l'utilise parfois pour des votes consultatifs. Toutefois, leur usage n'est pas bien défini et il n'existe pas de distinction stricte entre le plébiscite et le référendum.

Pouvoir constituant

Il s'agit du pouvoir d'établir une constitution. Le constitutionnaliste nigérian B. O. Nwabueze disait : « C'est un pouvoir d'aménager un cadre de gouvernement pour une communauté, et la constitution est le moyen d'atteindre ce but. C'est un pouvoir primordial, l'absolue reconnaissance de la souveraineté du peuple » (Nwabueze 1974 : 392).

Principes

On parle de principes en matière d'élaboration de constitution par référence à des directives concernant certaines questions qui devraient apparaître dans la constitution définitive, ou éventuellement au cours de la procédure. On pourrait les dénommer principes constitutionnels ou principes directeurs ou encore principes de base. Ils peuvent être établis par une constitution provisoire, un processus de paix, ou tous autres moyens.

Procédure délibérative

Procédure structurée de façon à promouvoir les débats.

Projet de constitution

Une constitution ou tout autre document pas encore finalisé. Souvent soumis pour commentaires, le projet de constitution pourrait être publié en vue de susciter des réactions des citoyens.

Promulgation

Il s'agit de l'acte formel conférant force exécutoire à un document, la publication d'une loi ou d'un document déjà finalisé.

Ratifier (ratification)

Approuver un acte élaboré par quelqu'un d'autre et lui donner ainsi force de loi. Un pays dont le représentant a signé un traité n'y sera pas lié pour autant tant qu'il n'aura pas été ratifié par un de ses organes en place (peut-être l'organe législatif). En matière d'élaboration de constitution, le référendum pourrait être la voie requise pour la ratification de la constitution par la population.

Rédaction

Travaux d'expert consistant à traduire des idées de constitution en langage juridique précis que ceux qui feront usage de la constitution, les tribunaux compris, seront à même d'interpréter. Le terme fait souvent référence à une phase logique où les idées sont

rassemblées dans un document structuré appelé projet de constitution. Malheureusement, il a été noté dans beaucoup de procédures, que les commissions constitutionnelles ainsi que les assemblées constituantes s'arrogent la responsabilité de la formulation définitive du document, bien que leurs membres ne soient pas complètement au fait de la signification et de la portée juridiques des mots.

Référendum

Un processus au cours duquel il est demandé à la population de voter pour répondre à une question, plutôt que pour choisir ses représentants. L'issue de ce vote est parfois contraignante, par opposition au plébiscite. Toutefois, aucun des deux vocables n'a un usage figé.

Réforme constitutionnelle

Le mot « réforme » fait penser à un changement, mais pas nécessairement un changement de nature juridique. Dans le contexte constitutionnel, il signifie habituellement amendement ou remplacement de la constitution, mais pourrait tout aussi bien signifier des changements plus importants au niveau de la société et dans la gouvernance. Terme peu précis.

Renforcement des compétences

Expression largement employée par les agences de développement international pour parler d'amélioration de compétences au moyen de formations, mentorat et autres programmes. L'expression s'emploie souvent dans le cadre des formations destinées aux fonctionnaires, hommes politiques, et membres d'assemblées constituantes impliqués dans l'élaboration d'une constitution.

Responsable (responsabilité)

Qui a l'obligation de rendre compte et d'assumer la responsabilité de ses actes. Un gouvernement élu est politiquement (du moins électoralement) responsable devant l'électorat ; dans un système parlementaire, il est responsable devant le parlement ; un fonctionnaire devrait être responsable devant la loi.

Révision constitutionnelle

Procédure d'examen de l'opportunité d'amendement d'une constitution existante. La procédure peut déboucher sur une nouvelle constitution, sans forcément faire partie du plan initial.

Société civile

Dans une certaine mesure, il s'agit d'une forme d'organisation de la population en structures formelles telles que les partis politiques, groupes religieux, organisations, associations ou

mouvements. La marque distinctive de la société civile est qu'elle n'est point sous le contrôle d'un gouvernement.

Soumission

Présentation d'idées et de suggestions, par oral ou par écrit.

Souverain (Souveraineté)

Caractéristique d'un État indépendant dans une communauté d'États, autrement dit sujet d'aucun autre État, jouissant des pleins pouvoirs. Également employé dans l'expression « souveraineté du peuple » pour indiquer que la souveraineté n'est pas celle d'un monarque ou d'un gouvernement.

Structure de base

Terme utilisé par la Cour suprême de l'Inde. Cette Cour a jugé certaines caractéristiques de la constitution indienne si fondamentales qu'elles ne sauraient faire l'objet de modification, même par les procédures permettant habituellement des changements constitutionnels. La Cour a ainsi cité le fédéralisme, la laïcité, et le républicanisme comme « structures de base ».

Table ronde

Une réunion d'un très large éventail d'organes de la société, sortant du cadre des organes du gouvernement, et probablement sans structure ni processus décisionnel formel, avec pour but de décider d'une conduite à suivre. Ce peut être le grand cadre d'une constitution ou une feuille de route vers une constitution. Les participants peuvent provenir de partis politiques mais la société civile peut aussi y être invitée.

Transition

Évolution d'une situation à une autre ; terme généralement utilisé pour décrire un changement politique ou constitutionnel, pour passer de l'autocratie à la démocratie, par exemple.

Transition (de)

Terme habituellement utilisé pour qualifier une constitution ou une institution créée pour une durée limitée jusqu'à ce que son équivalence permanente soit établie. Ce terme peut aussi s'appliquer à un parlement, un tribunal, un gouvernement, etc.

Annexe C : Exemples de codes de conduite

C.1 Exemple de code de conduite des membres d'un organe constituant

I. Principes généraux

1. En acceptant cette charge, le commissaire constitutionnel s'engage à appliquer au mieux, selon ses capacités, l'esprit et la lettre [de la loi qui porte création de l'organe constituant] du présent code de conduite. Un commissaire constitutionnel travaille en collaboration en vue de produire un projet de constitution [ou un rapport selon le mandat].
2. Le commissaire constitutionnel est un haut fonctionnaire dont la charge s'accompagne de sérieuses obligations morales. Le commissaire constitutionnel doit toujours, par sa conduite, imposer le respect de la dignité et de la solennelle responsabilité associée à la mission de rédiger la constitution. Le commissaire constitutionnel doit donc agir avec honnêteté et rectitude et veiller à ce qu'à aucun moment, sa conduite ne discrédite la commission constitutionnelle.
3. Le devoir d'un commissaire constitutionnel est d'agir au mieux dans l'intérêt du peuple du [Pays X].
4. Tout commissaire constitutionnel exerce ses fonctions sans tenir compte d'aucune influence déplacée, directe ou indirecte, quel qu'en soit l'auteur.
5. Tout commissaire constitutionnel est nommé à plein temps. Il ne doit accepter ni acomptes, ni honoraires ni revenus autres que sa rémunération en tant que commissaire constitutionnel.
6. Le commissaire constitutionnel ne doit en aucun cas accorder de privilège indu à un groupe ou un individu quelconque, défavoriser un groupe ou un individu quelconque ou abuser des pouvoirs qui lui sont conférés.
7. Le commissaire constitutionnel ne doit en aucune manière, par adhésion, association ou déclaration, compromettre la crédibilité, l'impartialité ou l'intégrité de la commission constitutionnelle.
8. Les commissaires constitutionnels autres que le/la président/e ne parlent pas au nom de la commission. Le/la président/e de la commission constitutionnelle est le/la porte-parole de la commission, et le/la président/e ou son/sa remplaçant/e désigné/e est la seule personne habilitée à parler au nom de la commission.

II. Décisions ou délibérations de la commission constitutionnelle

9. Les commissaires constitutionnels sont liés par les décisions prises par la commission conformément à la [Loi ou au Mandat X] et ne nuisent pas à la crédibilité de la commission en dénigrant ces décisions en public. Cette disposition revêt une importance particulière en ce qui concerne les délibérations de la commission sur le projet de constitution en préparation pour être soumis à [l'Organe X].

III. Informations confidentielles

10. Les questions à caractère confidentiel en possession du commissaire constitutionnel sont gardées confidentielles et ne doivent pas être utilisées dans l'intérêt personnel ou public du commissaire constitutionnel. Ces restrictions s'appliquent également après la fin du mandat du commissaire constitutionnel.

IV. Présence

11. Les commissaires constitutionnels se sont vu confier une tâche importante et doivent s'efforcer d'accomplir leur devoir avec diligence et d'être présents à toutes les réunions de la commission, y compris les réunions de consultation publique.

V. Conformité

12. Les commissaires constitutionnels doivent se conformer aux dispositions du présent code de conduite et de la [Loi X].
13. En cas d'incertitude quant à l'une des dispositions du présent code de conduite, le commissaire constitutionnel consulte le/la président/e de la commission.
14. Tout commissaire constitutionnel peut être révoqué par [X] en cas d'incapacité ou d'incompétence avérée, ou s'il commet un acte qui viole son serment ou le code de conduite.

C.2 Exemple de code de conduite des prestataires d'éducation civique

[L'Organe constituant X—ci-après dénommé « l'OC X »] est habilité à réaliser l'éducation civique [en vertu du Pouvoir X ou de la Loi X]. Pour être en mesure de réaliser l'éducation civique et pour préparer les citoyens à participer, l'OC X coopérera avec des structures et des organisations capables de l'y aider et engagées à le faire.

Les structures et organisations prestataires d'éducation civique devront réaliser toutes les activités d'éducation civique en stricte conformité avec les directives définies par l'OC X pour l'éducation civique. Elles ne doivent pas être motivées par les avantages ou le profit qu'elles pourraient en tirer au-delà des dépenses légitimement encourues dans le cadre des

tâches entreprises au nom ou en collaboration avec l'OC X. Elles sont censées réaliser toutes les activités conformément aux principes énoncés dans le code de conduite et repris ci-après.

1. Chaque prestataire d'éducation civique réalise l'éducation civique conformément au programme préparé ou validé par l'OC X.
2. L'OC X demande à tous les prestataires d'éducation civique de mener toutes les activités d'éducation civique en toute impartialité, sans pression ni influence de la part d'un individu d'un groupe quelconque.
3. Chaque prestataire d'éducation civique se garde de s'engager dans une activité susceptible de discréditer le travail ou l'image de l'OC X.
4. Chaque prestataire d'éducation civique refuse tous les dons, services, réceptions ou incitations susceptibles d'influencer ou de sembler influencer l'exercice de ses fonctions.
5. Chaque prestataire d'éducation civique s'assure que tous les citoyens ont l'occasion de participer librement et efficacement au programme d'éducation civique sans intimidation, coercition, menace, contrainte ni influence indue.
6. Chaque prestataire d'éducation civique veille à ce que son programme soit inclusif et conçu pour satisfaire les besoins de tous les participants, y compris les handicapés, les femmes, les jeunes, les nomades ou les autres groupes qui risquent d'être exclus si des efforts particuliers ne sont pas consentis pour les inclure.
7. Chaque prestataire d'éducation civique veille à ce que les activités d'éducation civique soient accessibles, et particulièrement à ce que tous les participants aient accès à tous documents pertinents dans une langue appropriée, à un lieu adapté et, au besoin, à des services de traduction ou d'interprétation.
8. Chaque prestataire d'éducation civique est censé faire un usage approprié des moyens humains et matériels trouvés dans la région dans laquelle il/elle est amené/e à fournir des services d'éducation civique.
9. Chaque prestataire d'éducation civique évite les conflits d'intérêt réels ou apparents et, en cas d'un tel conflit, en informe l'OC X.
10. Chaque prestataire d'éducation civique s'abstient de révéler des informations confidentielles, quelles qu'elles soient, apprises au cours de son travail, à moins d'y avoir été autorisé par l'OC X, et n'exploitera aucune de ces informations dans son intérêt personnel ou dans l'intérêt d'un tiers.
11. Chaque prestataire d'éducation civique accomplit sa tâche conformément aux autres règles et normes qui pourraient être occasionnellement établies par l'OC X.
12. Tout prestataire d'éducation civique qui viole ou enfreint l'une des règles ci-dessus est passible de [la sanction ou la mesure qui s'impose dans ce contexte].

C.3 Exemple de code de conduite des membres d'un organe constituant consultant les citoyens

Principes généraux

1. Le présent code de conduite établit la conduite attendue des membres d'un organe constituant (ci-après dénommés « membres ») au cours d'une consultation publique.
2. En acceptant leurs attributions, les membres se sont engagés à consulter le peuple du [Pays X] dans le but spécifique de recueillir fidèlement, d'analyser et d'examiner minutieusement les opinions des citoyens en préparant la constitution. Le but spécifique indiqué ici ne l'est qu'à titre d'exemple. Il devrait suivre les objectifs du processus, que ceux-ci soient définis dans un document légal ou par l'organe constituant en interprétant son mandat.
3. La conduite d'un membre au cours du processus de consultation publique devrait être à la hauteur de la dignité et de la solennelle responsabilité associée au rôle de serviteur d'un membre d'organe constituant. Les membres se doivent donc d'agir avec honnêteté et rectitude et de veiller à ce que leur conduite ne discrédite pas l'organe constituant.

Attributions et obligations des membres au cours de la consultation publique

4. Au cours d'un processus de consultation publique, un membre se doit de :
 - a. Assister (sauf en des circonstances extraordinaires) à toutes les consultations publiques auxquelles il/elle est censé/e assister et d'exécuter fidèlement toutes les tâches assignées ;
 - b. Se garder d'afficher des points de vue personnels ou partisans ou de plaider en faveur d'une quelconque option constitutionnelle devant les citoyens ;
 - c. Profiter du processus de consultation publique pour écouter respectueusement tous les points de vue exprimés ;
 - d. Traiter chaque intervenant avec le plus grand respect et de ne donner aucune indication de son accord ou de son désaccord avec les points de vue de l'intervenant à moins que ceux-ci incitent à la violence ;
 - e. Veiller à ce que le processus soit aussi inclusif que possible et que toutes les personnes soient traitées sur un pied d'égalité quels que soient leur sexe, leur âge, leur race ou leur statut socioéconomique ;
 - f. Veiller à ce que tous les groupes ou personnes invités aux réunions de consultation publique bénéficient du même temps de parole pour exprimer leurs points de vue à l'organe constituant ;

- g. Veiller à ce que tous les points de vue soient fidèlement transcrits, enregistrés et réceptionnés par l'organe constituant ;
- h. Veiller à ce que chaque communauté ou groupe reçoive en retour un résumé fidèle de sa séance de consultation publique et dispose d'assez de temps pour faire des corrections le cas échéant.

Confidentialité (s'il y a un problème sécuritaire)

- 5. Aucun membre ne peut révéler l'identité d'un individu, d'un groupe ou d'une communauté au sujet des avis spécifiques qui pourraient avoir été exprimés au cours de la consultation publique.

Application du code de conduite

- 6. Les allégations de non-conformité au présent code peuvent être traitées comme suit :
 - a. L'allégation devrait normalement être signalée en premier lieu au membre mis en cause. Dans certaines circonstances, toutefois, il peut être plus indiqué de soumettre d'abord l'affaire à [l'organe chargé de l'application ou du respect du code – les options dépendront du contexte ; il pourrait s'agir du/de la responsable de l'organe constituant ou d'un organe chargé d'appliquer le code de conduite].
 - b. Si le/la plaignant/e choisit d'engager une poursuite, il/elle devra directement saisir en privé [l'organe d'application].
 - c. [L'organe d'application] examinera alors l'allégation et pourra décider de poursuivre les investigations ou de classer l'affaire.
 - d. Lors des investigations et de l'arbitrage des plaintes déposées contre eux, les membres ont droit aux mêmes protections que celles qui sont appliquées dans les tribunaux.
 - e. Si, après enquête, [l'organe d'application] juge l'allégation fondée, le membre mis en cause a le droit de faire appel à [X].
 - f. [L'organe d'application] décidera de la sanction appropriée, notamment une révocation du processus de consultation publique ou de l'organe constituant.
- g. Les conclusions de l'enquête devront être communiquées à l'organe constituant.

Annexe D : Références

Anthroscape. n.d. “Difficulties Encountered in the Translation of Legal Texts : The Case of Turkey.” <http://sl.zetaboards.com/anthroscape/topic/4327713/1/> (consulté le 14 juin 2011).

Brandt, Michele. 2005. “Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries : The UN Experience : Cambodia, East Timor & Afghanistan.” Programme des Nations Unies pour le développement. *Disponible sur* : http://www.unrol.org/doc.aspx?n=constitution+making+and+UN+Experience+Report_Michele+Brandt.doc.

Brandt, Michele, and Louis Aucoin. 2010. “East Timor’s Constitutional Passage to Independence.” Dans Laurel Miller, ed., avec Louis Aucoin, *Framing the State in Times of Transition : Case Studies in Constitution Making*, 245–74. Washington D.C. : United States Institute of Peace Press.

Elster, Jon. 1993. “Constitution-making in Eastern Europe : Rebuilding the Boat in the Open Sea.” *Public Administration* 71 : 169–217.

Elster, Jon. 1995. “Forces and Mechanisms in the Constitution-making Process.” *Duke Law Journal* 45 (1995) : 364-96.

Esteban, J. Montes, et Tomás Vial. 2005. “The Role of Constitution-Building Processes in Democratization : Case Study Chile.” International IDEA. *Disponible sur* <http://www.idea.int/cbp/upload/CBP-Chile.pdf>.

Fiji. 1996. *The Fiji Islands : Towards a United Future : Report of the Fiji Constitution Review Commission*. Parliament of Fiji, Parliamentary Paper No. 34/1996. Suva, Fiji : Government Printing Department.

Finkel, Steven E. 2003. “Can Democracy Be Taught ?” *Journal of Democracy* 14 (4) : 137-51.

Geisler, Gisela. 2000. “Parliament Is Another Terrain of Struggle” : Women, Men, and Politics in South Africa.” *Journal of Modern African Studies* 38 (4) : 605-30.

Kathlene, Lyn. 1994. “Power and Influence in State Legislative Policymaking : The Interaction of Gender and Position in Committee Hearing Debates.” *American Political Science Review* 88 (3) : 560-76.

Kelsen, Hans. 2002. *Pure Theory of Law*. Publication originale en allemand, 1934. 2ème ed., traduit par Max Knight. Union, N.J. : Lawbook Exchange.

Knight, P. 2008. “Drafting, Actually : Thoughts on the Art of Expressing Constitutional Visions.” Interpeace. *Disponible sur* : www.constitutionmakingforpeace.org

Kriegler Commission. 2008. Rapport de la Commission de révision indépendante sur les élections générales tenues au Kenya le 27 décembre 2007. 17 septembre 2008.

- Le Roy, Katy. 2010. "Regional Study on Public Participation in Constitution-making : Pacific Islands." Interpeace. *Disponible sur* : www.constitutionmakingforpeace.org.
- The Local. 2007. "Sexual Harassment Rife in Swedish Parliament—MPs." *The Local – Sweden's News* en anglais. 22 avril 2007. <http://www.thelocal.se/20070422/7073>.
- Lynch, C. J. 1988. "Styles in the Drafting of Some Pacific Constitutions." In Yash Ghai, ed., *Law, Government, and Politics in Pacific Island States*, 202–41. Suva : Institute of Pacific Studies, University of the South Pacific.
- Milton, John. 1968. *Paradise Lost*, Book IV. Publication originale en 1667. Menston, England : Scolar Press.
- Morrow, Jonathon. 2010. "Deconstituting Mesopotamia : Cutting a Deal on the Regionalization of Irak." In Laurel Miller, ed., with Louis Aucoin, *Framing the State in Times of Transition : Case Studies in Constitution Making*, 563-600. Washington D.C. : United States Institute of Peace Press.
- Nwabueze, B. O. 1974. *Presidentialism in Commonwealth Africa*. New York : St. Martin's Press.
- O'Brien, James. 2010. "The Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina." In Laurel Miller, ed., with Louis Aucoin, *Framing the State in Times of Transition : Case Studies in Constitution Making*, 332-49. Washington D.C. : United States Institute of Peace Press.
- Odoki, Benjamin J. 2005. *The Search for a National Consensus : The Making of the 1995 Uganda Constitution*. Kampala : Fountain.
- Proceedings, "Workshop on Constitution Building Processes," Princeton University, May 17–20, 2007. Co-organisé par le *Bobst Center for Peace and Justice* de l'Université de Princeton, International IDEA, et Interpeace. *Disponible sur* : www.constitutionmakingforpeace.org.
- Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass. : Belknap Press.
- Regan, Anthony J., Owen Jessup, and Eric L. Kwa, eds. 2001. *Twenty Years of the Papua New Guinea Constitution*. Appendix, "Panel on Constitution Making : Panel of Constitution Makers," 345-65. Sydney : Lawbook.
- Rosenn, Keith S. 2010. *Conflict Resolution and Constitutionalism : The Making of the Brazilian Constitution*. In Laurel Miller, ed., with Louis Aucoin, *Framing the State in Times of Transition : Case Studies in Constitution Making*, 435-66. Washington D.C., United States Institute of Peace Press.
- Sartori, Giovanni. 1997. *Comparative Constitutional Engineering. An Enquiry into the Structure, Incentives, and Outcomes*. 2nd ed. New York : New York University Press.
- Selassie, Bereket Habte. 2003. *The Making of the Eritrean Constitution : The Dialectic of Process and Substance*. Trenton, N.J. : Red Sea Press.
- Skjelton, Synnøve. 2006. *A people's constitution : Public participation in the South African constitution-making processes*. Midrand, South Africa : Institute for Global Dialogue.

Suksi, Markku. 2008. "Referendums in Constitution-Building Processes." Interpeace. *Disponible sur* : www.constitutionmakingforpeace.org

Tamale, Sylvia. 1999. *When Hens Begin to Crow : Gender and Parliamentary Politics in Uganda*. Boulder, Co. : Westview.

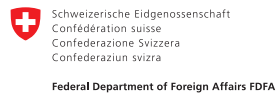
Tripp, Aili Mari. 2001. "The New Political Activism in Africa." *Journal of Democracy* 12 (3) : 141-55.

Wheare, K. C. 1966. *Modern Constitutions*. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press.

Widner, Jennifer. 2008. "National Conferences in Constitution Writing." Document présenté à l'Atelier sur les institutions et les procédures d'élaboration constitutionnelle. Co-organisé par le *Bobst Center for Peace and Justice* de l'Université de Princeton, International IDEA, et Interpeace.

Yankova, Diana. 2006. "Is Translating the Acquis communautaire Reforming the Context of Social Relations and National Discourse Models ?" *Internet Journal for Cultural Sciences*. <http://sl.zetaboards.com/anthroscape/topic/4327713/1/> (consulté le 14 juin 2011).

D'autres ressources et suggestions bibliographiques sur les processus constitutionnels sont disponibles sur le site www.constitutionmakingforpeace.org.



Cet ouvrage a pu être publié grâce au soutien de l'Agence australienne pour le développement international (AusAID), du Centre canadien de recherche pour le développement international (CRDI), de la Mission permanente du Danemark auprès des Nations Unies, du Département fédéral des Affaires étrangères de la Suisse et du Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas. Le cabinet d'avocats Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP y a apporté un précieux soutien en nature.

ISBN 978-2-8399-1594-6



9 782839 915946 >